Die vorläufige Eigentümergrundschuld als Entwicklungsstufe der Fremdhypothek

im Sinne der

§§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB.

Eine systematische Untersuchung des Wesens und der Eigengesetzlichkeit des vorläufigen Grundpfandrechts unter ausschließlicher Berücksichtigung der bei Bestellung einer Verkehrshypothek auftretenden Einzelfragen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

genehmigt von der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin

von

Landesrat Wolfgang Soltau

aus Berlin

Tag der mündlichen Prüfung: 5. Juli 1939

Tag der Promotion: 20. November 1939

Druck: H. & W. Theinhardt, Buchdruckerei, Berlin C 2, Holzmarktstraße 53

Berichterstatter: Prof. Dr. Hedemann
Prof. Dr. Meyer

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken meines Vaters

Inhaltsverzeichnis.

Abkürzungen . . . . . Seite V

Schrifttum und Rechtsprechung . . . . . „ VI—VIII

§ 1 **A. Einführung.**

Aufgabengebiet und Aufgabestellung . . . . . Seite 1— 10

B. Hauptteil.

Die vorläufige Eigentümergrundschuld als Entwicklungsstufe der Fremdhypothek im Sinne der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB „ 10—108

§ 2 I. Die vorläufige Eigentümergrundschuld, eine besondere Rechtsgestaltung der Grundpfandrechtsordnung . . . . . „ 10— 30

§ 3 II. Die Vorläufigkeit als rechtliche Eigenart und die ursprüngliche Rechtslage im Sinne der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB . . „ 31— 59

§ 4 III. Veränderungen der ursprünglichen Rechtslage bei Fortdauer der Vorläufigkeit . . . . . „ 59— 93

§ 5 IV. Der Fortfall der Vorläufigkeit. . . . . „ 93—108

Lebenslauf . . . . . Seite 109

Abkürzungen.

AG	=	Ausführungsgesetz.
AkadZ	=	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
BankA	=	Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch.
DNotVZ	=	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
DNotZ	=	Deutsche Notarzeitschrift.
EHRV	=	Erbhofrechtsverordnung vom 21. Dezember 1936 (RGBl. I, 1069).
Ges	=	Gesetz.
GesS	=	Gesetzsammlung.
GBO	=	Grundbuchordnung.
JFG	=	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit uud des Grundbuchrechts.
JurRdsch	=	Juristische Rundschau.
JW	=	Juristische Wochenschrift.
KG	=	Kammergericht.
KGJ	=	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen.
KO	=	Konkursordnung.
Komm	=	Kommentar.
pr	=	preußisch.
Prot	=	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs (bearbeitet von Achilles-Gebhard-Spahn) 1899.
RG	=	Reichsgericht.
RGBl	=	Reichsgesetzblatt.
RGR	=	Reichsgerichtsräte.
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
VO	=	Verordnung.
ZPO	=	Zivilprozeßordnung.
ZVG	=	Gesetz über die Zwangsversteigerung u. die Zwangsverwaltung.

Schrifttum und Rechtsprechung.

1. Schrifttum:

Ackermann,

Zur Frage des Eigentumswechsels vor Hypothekvalutierung (DNotZ 1936, S. 241 ff.).

Gläubigerwechsel vor Hypothekvalutierung (DNotZ 1936, S. 345 ff.).

Die Sicherstellung von Bauzwischenkrediten im Zusammenhang mit der Frage des Gläubigerwechsels vor Hypothekvalutierung (DNotZ 1936, S. 670 ff.).

Biermann,

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Sachenrecht, 3. Aufl.

Die Höchsthypothek und andere Grundstückspfandrechte als Unterlage für Bankkredite (BankA 7. Jahrg., S. 260 ff.).

Bourier,

Die Rechtsstellung des Gläubigers der Hypothek für eine künftige Forderung (AkadZ 1937, S. 524 ff.).

von Brunn,

Die Pfändung von Eigentümer-Grundschulden (JurRdsch 1935, S. 169 ff.).

Dehne,

Die Sicherstellung von Bauzwischenkrediten im Zusammenhang mit der Frage des Gläubigerwechsels vor Hypothekvalutierung (DNotZ 1936, S. 664 ff.).

Ehrenforth,

Rechtsfragen zur vorläufigen Eigentümergrundschuld (JW 1936, S. 3219 f.).

Güthe,

Die künftige Eigentümerhypothek (DNotVZ 1906, S. 729 ff.).

Güthe-Triebel,

Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen (Kommentar) 6. Aufl.

Heck,

Grundriß des Sachenrechts, 1930.

Hedemann,

Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Grundriß) 1924.

Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, 1935.

Horn,

Die Eigentümerhypothek (Leonhard's Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts 1906).

Jaeger,

Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, 6. und 7. Aufl.

Korintenberg-Wenz,

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (Kommentar) 6. Aufl.

Lange,

Die Eigentümerhypothek nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (Tübinger Dissertation) 1901.

Lent,

Die Rechtsstellung des Gläubigers der Hypothek für eine künftige Forderung (AkadZ 1937, S. 37 ff.).

Vorläufige Eigentümergrundschuld und Hypothekenbrief (DNotZ 1937, S. 723 ff.).

Obermair,

Die Sicherstellung von Bauzwischenkrediten im Zusammenhang mit der Frage des Gläubigerwechsels vor Hypothekvalutierung (DNotZ 1936, S. 659 ff.).

Rechtsfragen zur vorläufigen Eigentümergrundschuld (JW 1937, S. 79 ff.).

Oertmann,

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Allgemeiner Teil, 3. Aufl.; Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl.

Die Rechtsbedingung, 1924.

Planck,

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. und, soweit erschienen, 5. Aufl.

Quincke,

Sicherung von Bauzwischenkrediten (AkadZ 1936, S. 1086 ff.).

Recke,

Rechtsfragen zur vorläufigen Eigentümergrundschuld (JW 1936, S. 3221 f., 1937, S. 81 f.).

Reichsgerichtsräte

und Senatspräsidenten am Reichsgericht, das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Kommentar) 8. Aufl.

Schlegelberger,

Abschied vom BGB, 1937.

Schmidt-Ernsthausen,

Das nicht voll valutierte Grundstückspfandrecht, seine Pfändung, deren Sicherung und Grundbucheintragung (JW 1933, S. 668 ff.).

Schreiber,

Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, 1914.

von Schwind,

Wesen und Inhalt des Pfandrechtes (Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches 1899 Bd. 2).

Soltau,

Vorläufige Eigentümergrundschuld und Hypothekenbrief (DNotZ 1938, S. 73 ff.).

von Staudinger,

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, 9. und, soweit erschienen, 10. Aufl.

Thümmler,

Die Sicherstellung von Bauzwischenkrediten im Zusammenhang mit der Frage des Gläubigerwechsels vor Hypothekvalutierung (DNotZ 1936, S. 763 ff.).

Die vorläufige Eigentümergrundschuld als Sicherheit für Zwischenkredite (BankA 35. Jahrg. S. 439 f.).

Weber,

Vorläufige Eigentümergrundschuld und Hypothekenbrief (DNotZ 1938, S. 69 ff.).

2. Rechtsprechung:

Entscheidungen des Reichsgerichts und Kammergerichts, soweit abgedruckt in:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen,

Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts,

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen,

Juristische Wochenschrift.

---

§ 1 A. Einführung.

Aufgabengebiet und Aufgabestellung.

I. Die Regelung der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB in ihrer Bedeutung als Aufgabengebiet.

Ähnlich den Vorschriften über die Begründung von Bürgschaft und Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten (§§ 765, 1204 - 1273 Abs. 2 - BGB) bringt die Bestimmung des § 1113 BGB auch für die Hypothek die Abhängigkeit der zu begründenden Rechtsstellung von einer — beherrschenden — Forderung zum Ausdruck. Neben den gewöhnlichen Entstehungsvoraussetzungen jedes Liegenschaftsrechts, Einigung und Eintragung (§ 873 BGB), zu denen bei der Form der Briefhypothek noch das Erfordernis der Briefübergabe oder des Übergabeersatzes im Sinne des § 1117 Abs. 1 u. 2 BGB tritt, gewinnt damit für die Hypothekbestellung das weitere Erfordernis einer dem Begünstigten zustehenden Hypothekenforderung wesentliche Bedeutung. — Allerdings läßt nun in völliger Übereinstimmung mit §§ 765 Abs. 2, 1204 Abs. 2 BGB die Vorschrift des § 1113 Abs. 2 BGB für das rechtsbegründende Geschäft selbst eine bedingte oder künftige Forderung genügen, gestattet also zumal — und darauf kommt es hier an — die Hypothekbestellung wegen einer aufschiebend bedingten oder künftigen Forderung, die erst nachträglich zu einer unbedingten, gegenwärtigen schuldrechtlichen Beziehung werden mag. Im Zusammenhange einer solchen Rechtsbestellung genügt mithin neben der bereits begründeten aber noch nicht voll wirksamen sogar die erst in Aussicht genommene, späterhin zu begründende Forderung mit der einzigen sinngemäßen Einschränkung, daß deren Schaffung, wenn auch nicht notwendig durch einen verpflichtenden Vorvertrag gesichert, so doch nach den gegebenen Umständen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein muß.[1])

[1]) RGRKomm Anm. 7 zu § 1113 BGB, Planck (5) Anm. 5 g zu § 1113 BGB, Güthe-Triebel Vorbem. 31 zum II. Abschn. GBO, Oertmann Rechtsbedingung S. 148, 188, 189, KGJ 40, A 140 ff. (145, 146).

Während nun bei Bürgschaft und Pfandrecht die rechtlichen Auswirkungen des Begründungsgeschäftes für eine derart bedingte oder künftige Forderung jedenfalls ausdrücklich nicht geregelt sind, führt die gleichartige Hypothekbestellung gemäß § 1113 Abs. 2 BGB nach ausdrücklicher Anordnung der §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB sogleich zur Schaffung einer einzigartigen Rechtslage, wie sie ähnlich nur (vor Übertragung der Gewalt über den Brief) bei der Briefhypothek entsprechend §§ 1117, 1163 Abs. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB auftritt: Da nämlich die Hypothekenforderung jedenfalls als voll wirksame schuldrechtliche Beziehung bei Rechtsbegründung noch nicht besteht, äußert der sonst abgeschlossene Bestellungstatbestand seine Wirkung dahin, daß in Abweichung vom Willen der Rechtsbegründenden entsprechend §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB eine Eigentümergrundschuld ins Leben tritt, die erst im Augenblick der nachträglichen vollen Forderungsentstehung — bei sonst unveränderter Rechtslage unzweifelhaft — zur Fremdhypothek wird.

Über diese unmittelbare Rechtsfolge einer Hypothekbestellung gemäß § 1113 Abs. 2 BGB ist man sich heute so gut wie allgemein einig,[2]) nachdem früher bisweilen entweder nur für den Fall einer aufschiebend bedingten[3]) oder auch für den Fall einer künftigen Forderung[4]) die sofortige Anwendbarkeit der §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB in Zweifel gezogen wurde. Bei dem klaren Wortlaut der Vorschrift des § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB, die auch den Fall einer noch nicht entstandenen Forderung mit umfaßt, bedarf das dargestellte rechtliche Ergebnis auch jetzt noch gelegentlich versuchten Angriffen[5]) gegenüber keiner weiteren Verteidigung, zumal inzwischen (durch § 26 Abs. 2 EHRV) eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung im Sinne der auch hier vertretenen allgemeinen Auffassung erfolgt ist.

Das sofortige Auftreten eines Rechtes, das als Eigentümergrundschuld nach dem Willen des Gesetzes Entwicklungsstufe zur Fremdhypothek ist, die Erscheinung der sogen. „vor-

[2]) vgl. nur Staudinger (10) Anm. 13 zu § 1113 BGB, Planck (4) Anm. 3a zu § 1163 BGB, RGRKomm Anm. 7 zu § 1113 BGB, Hedemann Sachenrecht S. 423, Heck S. 358 u. a. m.

[3]) so z. B. von Horn S. 82, 83.

[4]) so von Biermann Komm Anm. 3 zu § 1113 BGB u. BankA S. 263, Schreiber S. 318, Lange S. 41 mit abweichenden Gründen und Ergebnissen; bei Güthe-Triebel, der noch in der 5. Aufl. Anm. 14 zu § 22 GBO die h. M. bekämpfte, ist diese Ansicht in der 6. Aufl. Anm. 14 zu § 22 GBO als unhaltbar aufgegeben worden.

[5]) so von Bourier S. 524.

läufigen Eigentümergrundschuld"[6]) macht das Besondere im Zusammenhange der Hypothekbestellung gemäß § 1113 Abs. 2 BGB aus. Der Umstand, daß diesem vorläufigen Rechte jegliche gesetzliche Sonderbehandlung versagt blieb, läßt die unvollkommene Regelung der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB — und damit die ihr entsprechende Rechtslage — als ein Aufgabengebiet erscheinen, das einer eingehenden Betrachtung wert ist.

Die Aufgabe einer vollkommenen Durchdringung, Kläruug und Ordnung dieses an eigenartigen Fragestellungen reichen Stoffgebietes ist doppelt bedeutsam: Neben dem dogmatischen Wert, den eine Klarstellung der das Gesetz ergänzenden verbindlichen Rechtsgrundsätze schlechthin hat, steht der praktische Wert, der vom Standpunkt des hier besonders stark betroffenen und schutzbedürftigen Rechtsverkehrs einer einheitlichen Lösung der auftretenden einzelnen Zweifelsfragen beizumessen ist.

Ihre zweifache Bedeutung als Aufgabengebiet büßt die Regelung der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB auch dadurch nicht ein, daß schon heute der „Abschied vom BGB" (Schlegelberger) ins Auge gefaßt ist und vorbereitet wird.[7]) Solange der Rechtsverkehr noch mit den Bestimmungen des alten Gesetzbuches zu arbeiten hat, wird der praktische Wert der gestellten Aufgabe andauern. Aber auch ihr dogmatischer Wert ist dadurch, daß eine Neugestaltung des bisherigen Rechtszustandes sich anbahnt, wenn überhaupt, dann nur unwesentlich beeinträchtigt. Vielmehr mag andererseits gerade in einer Zeit der Vorbereitung des Neuen das Erfordernis einer endlichen abschließenden rechtsgrundsätzlichen Klärung zwecks Vervollständigung des alten, bislang noch geltenden Gesetzesrechts als ganz besonders zwingend empfunden werden.[8])

Das Erfordernis rechtsgrundsätzlicher Klärung schlechthin und das Erfordernis des Schutzes des Rechtsverkehrs, auf die anschließend im einzelnen einzugehen ist, rechtfertigen es also auch heute noch, die Regelung der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB als bedeutsames Aufgabengebiet zu bezeichnen, das, wie weiterhin darzulegen ist, weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung eine dieser Bedeutung entsprechende vollständige und befriedigende Behandlung gefunden hat.

[6]) ein Ausdruck der Rechtswissenschaft, der dem Gesetze fremd ist und übrigens nur in der Ausgangslage der §§ 1163 Abs. 1 S. 1. 1177 Abs. 1 S. 1 BGB unbedingt paßt (vgl. RGJW 1937, 615).

[7]) Schlegelberger S. 26.

[8]) vgl. hierzu die Ausführungen Schlegelbergers S. 16 u. 17.

a) Das Erfordernis rechtsgrundsätzlicher Klärung schlechthin.

Wenn das Gesetz von einer eingehenden Regelung des hier in Rede stehenden einstweiligen Rechtszustandes abgesehen hat, so erwächst damit der Rechtswissenschaft mehr noch als der Rechtsprechung die Aufgabe, diese Lücke im geschriebenen Recht durch Entwicklung der entsprechenden Rechtsgrundsätze sinngemäß zu schließen, eine Aufgabe, deren Lösung insofern besonders dringend geboten ist, als es sich hier um Ergänzung der strengen, zwingenden Vorschriften des Sachenrechts handelt, in deren Bereich jeder Zweifel und jede Unsicherheit als unerträglich bezeichnet werden müssen. Von einem solchen Gesichtspunkt aus betrachtet, kommt es nicht so sehr darauf an, eine mehr oder minder wichtige Einzelfrage aus dem Zusammenhange der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB nach der oder jener Richtung zu entscheiden, vielmehr geht es ganz allgemein darum, das Wesen, die besondere Eigenart des vorläufigen Rechtes zu klären und aus der gewonnenen Erkenntnis heraus die Gesetze zu finden, die der besonderen Problematik des behandelten Entwicklungszustandes gerecht werden.

Diese Gesetze werden in zwei miteinander verflochtenen Grundproblemen Klarheit bringen müssen: Sie haben einmal die Voraussetzungen festzustellen, deren Vorliegen für die Fortentwicklung des vorläufigen Rechtes zur Hypothek des Gläubigers notwendig erforderlich ist, deren Fortfall also diese Entwicklung ausschließt, sie haben zum anderen das natürliche Spannungsverhältnis befriedigend aufzulösen, das zwischen dem Eigentümer, dem Inhaber der vorläufigen Grundschuld, und dem Gläubiger als dem nachmaligen Erwerber des zur Hypothek gewordenen dinglichen Rechtes besteht.

Mit der Feststellung dieser grundlegenden Regeln, in der sich das Erfordernis rechtsgrundsätzlicher Klärung der Rechtslage im wesentlichen erschöpft, ist zugleich der Boden geschaffen, der die einwandfreie und folgerichtige Beantwortung der im Verfolg der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB auftretenden vielfältigen Einzelfragen ermöglicht.

b) Das Erfordernis des Schutzes des Rechtsverkehrs.

Während die als vergleichbar erwähnte Regelung der §§ 1117 Abs. 1, 1163 Abs. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB samt ihren Fragestellungen für das Rechtsleben eine nur untergeordnete Rolle spielt – die Mehrzahl der Gläubiger, zumal die Grundkreditanstalten, trifft bei Bestellung einer Briefhypothek regelmäßig die schon zur Formularbestimmung gewordene Abrede gemäß § 1117 Abs. 2 BGB mit dem Eigentümer —, kommt

den Bestimmungen der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB eine weittragende praktische Bedeutung zu.

Der durch die letzteren Bestimmungen angeordnete einstweilige Rechtszustand wird nicht nur notwendig durch die Bestellung einer Sicherungshypothek zum Höchstbetrage (§ 1190 BGB) ausgelöst, sondern wird im Rechtsverkehr, zumal im Zusammenhange mit der Finanzierung von Neubauten, bei Bestellung von Verkehrshypotheken für künftige (Bau-) Darlehensforderungen ganz regelmäßig und bewußt in weitestem Ausmaße verwirklicht.[9]) Die Gestaltung der sogen. Baugeldhypothek ist es gerade, die als praktisch wichtigster Fall der gemäß § 1113 Abs. 2 BGB begründeten Fremdhypothek die bedeutungsvollsten Fragestellungen mit sich bringt und damit auch vom Standpunkte des Rechtsverkehrs aus rechtsgrundsätzliche Klärung und damit einheitliche Lösung der durch Einschaltung des vorläufigen Rechtes hervorgerufenen Zweifelsfragen erforderlich macht.

So wird im Rahmen der Bestellung der Baugeldhypothek etwa die Frage nach der Zulässigkeit einer Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld für die Durchführung der Baufinanzierung entscheidend bedeutsam. Die Hypothekenbank, die sich auf Grund des Darlehnsvorvertrages vom Eigentümer die (durchweg als Briefhypothek ausgestaltete) Hypothek für das künftig zu gewährende langfristige Darlehen bestellen läßt und alsbald den Brief erhält, stellt vor restloser Fertigstellung des Gebäudes regelmäßig noch keinerlei Mittel zur Verfügung. Der Eigentümer, dem die Erstellung des Baues ohne fremde Hilfe nicht möglich ist, benötigt also noch ein kurzfristiges Darlehen, den sogen. Zwischenkredit, um dieses zu gegebener Zeit aus dem Hypothekendarlehen wieder abzudecken. Auch der Zwischenkreditgeber verlangt dingliche Sicherung, da er mit der Möglichkeit rechnen muß, daß das langfristige Darlehen, sei es auf Grund Widerrufs (§ 610 BGB) oder auf Grund besonders vorbehaltenen Rücktrittes der Hypothekenbank, wider Erwarten nicht gewährt wird. Um nicht durch die Kosten der Begründung eines besonderen Rechtes für den Zwischenkredit die Wirtschaftlichkeit der Baudurchführung in Frage zu stellen, wählt die Praxis unter Ausnutzung der durch §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB geschaffenen besonderen Rechtslage ein eigentümliches Sicherungsverfahren:

---

[9]) Von der Möglichkeit, die Anwendung der §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB dadurch auszuschließen, daß dem Eigentümer schon bei Rechtsbestellung ein selbständiges Schuldversprechen oder -anerkenntnis abgenötigt wird, wird auch in der Praxis der Kreditanstalten, soweit bekannt, kaum Gebrauch gemacht.

Dem Zwischenkreditgläubiger wird die Rückzahlung dadurch gewährleistet, daß ihm vom Eigentümer der Anspruch auf Auszahlung des Hypothekendarlehens und gleichzeitig die Eigentümergrundschuld übertragen wird, die bei Rechtsbestellung für die künftige Baudarlehensforderung entstanden ist. Die letztere Abtretung erfolgt allgemein gemäß § 1154 Abs. 1 BGB, ohne daß also eine Änderung im Buchstande eintritt.

In Frage steht bei diesem Verfahren allerdings, ob die hier in Betracht kommende besondere Eigentümergrundschuld abgetreten werden kann, und ob, wenn dies zulässig ist, die Entwicklung auch des abgetretenen Rechtes zur Fremdhypothek vor sich gehen kann, sobald bei gleichzeitiger Ablösung des Zwischenkredites das Hypothekendarlehen gewährt, die künftige also zur gegenwärtigen Hypothekenforderung wird.

Neben dieser Sonderfrage, die bei der Verbreitung des dargestellten Sicherungsverfahrens eine ganz überragende rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung hat, treten im Zusammenhange mit der Baugeldhypothek infolge nachträglicher Veränderung der ursprünglichen Rechtslage der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB noch eine ganze Reihe weiterer Zweifelsfragen auf, so etwa bei Eigentumswechsel vor Entstehung der Darlehensforderung, so im Falle einer erforderlich werdenden Ersetzung des in Aussicht genommenen Gläubigers oder Schuldners. — Das Fehlen einer gesetzlichen Regelung und der Mangel einer grundlegenden Klarstellung der hier maßgeblichen Rechtsgedanken werden gerade im Rechtsverkehr, der nach klarer rechtlicher Ordnung verlangt, als besonders störend empfunden. Wird doch hierdurch nicht bloß in den beispielsweise angeführten wesentlichsten Zweifelsfällen, sondern ganz allgemein der vorsichtige Kreditgeber genötigt, umständliche Verfahren, deren Kosten letzten Endes dem Darlehensnehmer zur Last fallen, selbst dort zu beobachten, wo eine wesentliche Veränderung der ursprünglichen Rechtslage gar nicht in Frage steht; andererseits fällt es ohne vorherige Klarstellung der Grundregeln schwer, ja dürfte nahezu unmöglich sein, im Einzelfalle des Rechtslebens die Erheblichkeit der einen oder anderen rechtlichen Veränderung zu erkennen. — Nur die rechtsgrundsätzliche Klärung und Ordnung des einstweiligen Rechtszustandes, wie er von der Rechtsbestellung gemäß § 1113 Abs. 2 BGB bis zur Entstehung der Forderung andauert, und die darauf beruhende e i n h e i t l i c h e Lösung der auftretenden Sonderfragen schafft die erforderliche Sicherheit und wird dem Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs gerecht.

c) Schrifttum und Rechtsprechung zu §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB.

Die eigenartige Rechtslage, die bei Bestellung einer Fremdhypothek für eine aufschiebend bedingte oder künftige Forderung entsprechend §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB geschaffen wird, hat eine einwandfreie und zugleich umfassende Klärung bislang nicht erfahren.[10]) Es sind weder im Schrifttum die entscheidenden Grundsätze eigens entwickelt noch in der Rechtsprechung auch nur einigermaßen zureichende Anhaltspunkte gegeben worden, die eine sinnvolle Ergänzung der nur andeutenden gesetzlichen Regelung ermöglichen.

In der Rechtswissenschaft, der das Erfordernis einer rechtsgrundsätzlichen Klärung der vorliegend auftretenden Zweifel zu allererst gilt, fehlt eine wirklich erschöpfende systematische Untersuchung dieses eigenartigen Entwicklungszustandes. – – Wohl findet in den Darstellungen des Sachenrechts, zumal auch in den Kommentaren, die vorläufige Eigentümergrundschuld als solche Erwähnung, wohl werden Erklärungen für ihr besonderes Wesen und einzelne der notwendigen Voraussetzungen ihrer Fortentwicklung zur Hypothek des begünstigten Gläubigers gegeben, diese Erörterungen können indessen schon in Anbetracht des ihnen gewährten nur begrenzten Raumes Anspruch auf Vollständigkeit keineswegs erheben. Das Gleiche gilt von dem Schrifttum zur Eigentümergrundschuld im allgemeinen, das in erster Linie die geschichtliche Entwicklung wiedergibt, die Rechtsnatur des Eigentümerpfandrechts erörtert und dem Ausschnitte der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB nur eine untergeordnete Behandlung zuteil werden läßt. — Im Rahmen allgemeiner weitgespannter wissenschaftlicher Aufgabestellungen[11]) ist es jedenfalls nicht gelungen, den hier auftretenden besonderen Problemen voll und ganz gerecht zu werden.

Gerade entgegengesetzt leiden die zumeist von Praktikern, aber auch vereinzelt von Vertretern der Rechtswissenschaft unternommenen Versuche, im Rahmen kürzerer Ausarbeitungen einzelne besonders wesentliche Fragen aus dem Zusammenhange der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB herauszugreifen und im Interesse des Rechtsverkehrs befriedigend zu lösen, an einem zu engen Blickfeld, einer zu sehr auf den Einzelfall zugeschnittenen Aufgabe- und Zielstellung.

---

[10]) Lediglich auf dem Sondergebiet der Höchstbetragshypothek konnten bei Vorliegen einiger Anhaltspunkte in der Fassung des § 1190 Abs. 1 BGB gewisse Rechtsgrundsätze entwickelt werden.

[11]) Oertmann Rechtsbedingung widmet der Betrachtung der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB z. B. nicht mehr als zwei Druckseiten (vgl. S. 189 ff.).

Zwar ist es hier gelungen, zumal unter Zugrundelegung der im § 1190 Abs. 1 BGB gegebenen Ansatzpunkte, in Zusammenarbeit mit der Rechtsprechung einzelne Fragen zu klären, indessen handelt es sich dabei doch immer nur um Ergebnisse, deren Richtigkeit an das Vorliegen besonderer, rechtsgrundsätzlich nicht unbedingt erforderlicher Begleitumstände geknüpft ist. Zumal die Gegebenheiten bei Bestellung einer Baugeldhypothek, die zumeist Ausgangspunkt der einzelnen Untersuchungen ist, dürften die Veranlassung dafür sein, daß zwischen den rechtlichen Folgerungen aus dem Wesen des vorläufigen dinglichen Rechtes einerseits und den Auswirkungen des auf Hypothekbestellung gerichteten Schuldverhältnisses andererseits nicht immer genügend unterschieden wird, eine Scheidung, die im Sinne rechtsgrundsätzlicher Erkenntnis unentbehrlich ist.

Die Rechtsprechung, der das Verdienst, einige der praktisch wichtigsten Fragen gelöst zu haben, in der Hauptsache zukommt, konnte -- in Anbetracht der ihr zuteil gewordenen in erster Linie auf Lösung des besonderen Streitfalles abzielenden Aufgabe — die Grundlagen für eine in sich geschlossene und umfassende Ergänzung der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB umsoweniger schaffen, als ihr nur verhältnismäßig vereinzelt und noch dazu mit ganz bestimmten Fragestellungen derartige Tatbestände zur Entscheidung unterbreitet worden sind. Überdies ist auch hier, soweit rechtsgrundsätzliche Erwägungen angestellt werden, die Beurteilung infolge Berücksichtigung schuldrechtlicher Nebenumstände nicht ohne weiteres zuverlässig. —

Die hiermit abzuschließende allgemeine Stellungnahme zu den in Schrifttum und Rechtsprechung bislang geförderten Erkenntnissen, denen im Verlauf der Darstellung noch die gebührende Berücksichtigung auch im einzelnen zuteil wird, rechtfertigt also eine besondere systematische Untersuchung, deren Ziel neben rechtsgrundsätzlicher Ordnung des durch §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB geschaffenen Rechtszustandes die einheitliche Lösung der hier auftretenden Einzelfragen ist.

II. Die besondere gegenständlich begrenzte Aufgabestellung.

Die vorliegende Untersuchung verfolgt den Zweck und dient in der Hauptsache der Aufgabe, die Problematik der vorläufigen — als Entwicklungsstufe der Fremdhypothek (i.S. der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB) auf-

tretenden — Eigentümergrundschuld mit dem Ziele rechtsgrundsätzlicher Klärung erschöpfend zu behandeln. Bei der Verfolgung dieser Aufgabe soll insbesondere entscheidender Wert darauf gelegt werden, daß die Ergänzung der unzureichenden Gesetzesregelung im engsten Anschluß an die Grundgedanken der besonderen Rechtsordnung, der das vorläufige Recht seinem Wesen nach angehört, gefunden wird und sich dieser Ordnung sinngemäß einfügt. Darüber hinaus sollen im Verlauf der Darstellung entsprechend den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs auch die wesentlichsten hierhergehörigen Einzelfragen erörtert werden. Hierbei werden jedoch im Interesse klarer und einfacher Darstellung die bei der Sicherungshypothek auftretenden Rechtsfragen bewußt beiseite gelassen, einmal, um nicht bei Berücksichtigung gewisser Verschiedenheiten der zu behandelnden Hypothekenformen den einheitlichen Gang der Untersuchung zu gefährden, zum anderen, um nicht durch ein Eingehen auf die in § 1190 Abs. 1 BGB für die Höchsthypothek getroffene eigenartige Regelung den Rahmen der Aufgabestellung übermäßig auszuweiten. Diese Beschränkung ist umso unbedenklicher, als eine Verwendung der für die Verkehrshypothek gefundenen Lösungen auch bei der Sicherungshypothek in Anbetracht der an sich gleichen Lage grundsätzlich keine Schwierigkeiten machen wird.

Für die Untersuchung der erörterten einzelnen Rechtsfragen ist unter Ausscheidung jeglicher schuldrechtlicher Gesichtspunkte lediglich der bei Bestellung einer Verkehrshypothek gegebene reine Tatbestand der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB mit der Maßgabe zugrunde gelegt, daß einzig die Entstehung der Forderung als letztes Erfordernis im Sinne des § 1113 BGB aussteht, alle übrigen Voraussetzungen also erfüllt sind. Demgemäß wird für den Fall der Briefhypothek bereits der ordnungsmäßige Briefbesitz des nachmaligen Glaubigers (§ 1117 BGB) unterstellt, von einer Erörterung der durch die Bestimmungen der §§ 1163 Abs. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB hervorgerufenen verwandten Fragen also abgesehen.

Die besondere Behandlung schuldrechtlicher Abmachungen, wie sie im Rechtsverkehr regelmäßig, aber nicht notwendig immer einer Hypothekbestellung gemäß § 1113 Abs. 2 BGB zugrunde liegen, gehört nicht in den Rahmen der vorliegenden Darstellung; sie würde auch bei der Verschiedenartigkeit der entsprechend dem Parteiwillen gestalteten Grundgeschäfte nicht zu einer allen Abweichungen gerecht werdenden grundsätzlichen Klarstellung führen und damit ihren Zweck verfehlen.

Soweit durch Auswirkungen solcher schuldrechtlichen Abmachungen die aus dem schlichten Tatbestande der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Ab. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB entwickelten Ergebnisse im Einzelnen eine Änderung erfahren können oder soweit im Zusammenhange mit besonderen Einzelfragen ein Eingehen auf das in Betracht kommende schuldrechtliche Grundverhältnis sachdienlich erscheint, können entsprechende Hinweise als ausreichend erachtet werden.

B. Hauptteil.

Die vorläufige Eigentümergrundschuld als Entwicklungsstufe der Fremdhypothek im Sinne der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB.

§ 2 I. Die vorläufige Eigentümergrundschuld, eine besondere Rechtsgestaltung der Grundpfandrechtsordnung.

Das Wesen einer vorläufigen Eigentümergrundschuld, die Besonderheit der ihr eigenen Probleme, zumal des zwischen Eigentümer und Hypothekerwerber bestehenden Spannungsverhältnisses, und die Eigenart ihrer Entwicklung zur Fremdhypothek lassen sich aus der vom Gesetz getroffenen andeutenden Regelung der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1 (oder auch §§ 1117, 1163 Abs. 2), 1177 Abs. 1 S. 1 BGB keinesfalls voll erfassen. Insbesondere fördert eine Einzelbetrachtung der durch die erwähnten Bestimmungen geschaffenen Rechtslagen weder die Erkenntnis der Grundlinien, in denen sich die Entwicklung des vorläufigen Rechts notwendig vollzieht, noch gibt sie eine Handhabe für die sinnvolle Abgrenzung der Rechtsstellungen des Eigentümers einerseits, des nachmaligen Berechtigten der Fremdhypothek andererseits.

Die vorläufige, zur Entwicklungsstufe der Fremdhypothek bestimmte Eigentümergrundschuld enthüllt ihre wesentliche Besonderheit, zugleich aber auch ihre ungeschriebenen Entwicklungsgesetze nur dem, der zunächst von der einzelnen Rechtsgestaltung auf den größeren Zusammenhang zurückgeht, dem die Rechtsbegriffe und -gestaltungen Eigentümergrundschuld und Fremdhypothek sachlich angehören. Nur eine solche Art der Betrachtung fördert auch die erforderlichen zuverlässigen Anhaltspunkte für die Regelung des bis zum Entwicklungsabschluß bestehenden Übergangszustandes und für die Bereinigung des Rechtsverhältnisses zwischen anfänglichem und nachträglichem Berechtigten.

Nachtrag

zu der von der
Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Berlin genehmigten

Dissertation

„Die vorläufige Eigentümergrundschuld
als Entwicklungsstufe der Fremdhypothek im Sinne
der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB."

von Wolfgang Soltau

(Promotionstag: 20. November 1939)

Druckfehlerberichtigung

Es soll heißen:

auf Seite 11: (11. Zeile von unten) nicht „Umstnnd" sondern „Umstand"; Anm. 1 (2. Zeile von oben) nicht „Rentenschnld" sondern „Rentenschuld";

auf Seite 17: (8. Zeile von unten) nicht „Eorm" sondern „Form";

auf Seite 27: Anm. 51 (7. u. 6. Zeile von unten) nicht „Eigentümerschuld" sondern „Eigentümer**grund**schuld"; (letzte Zeile) nicht „vertrctenen" sondern „vertretenen";

auf Seite 40: (9. Zeile von unten) nicht „aufweist" sondern „ausweist";

auf Seite 49: (vorletzte Zeile des 1. Absatzes) nicht „Einspruch" sondern „**An**spruch";

auf Seite 71: (11. Zeile von oben) nicht „isi" sondern „ist";

auf Seite 78: (13. Zeile von unten) nicht „alierdings" sondern „allerdings";

auf Seite 102: (16. Zeile von oben) nicht „Abtretungserkiärung" sondern „Abtretungserklärung";

auf Seite 108: (vorletzter Absatz 4. Zeile von unten) nicht „grundsätziich" sondern „grundsätzlich".

Im **Lebenslauf** (S. 109) ist zu lesen: „Friedrich-Wilhelms (statt „Wilhelm")-Universität", sowie „richterlicher (statt „richterliche") Ausbildungstätigkeit" (5. bzw. 8. Zeile des 2. Absatzes).

Zum Ausgangspunkt der Untersuchung über eine vorläufige Eigentümergrundschuld ist also die rechtliche Ordnung zu wählen, die das Gesetz in den §§ 1113 ff. BGB für Grundschuld und Hypothek - des Eigentümers und Eigentumsfremden — geschaffen hat, aus deren Grundsätzen sich folglich ganz allgemein die Bedeutung der Eigentümergrundschuld, zumal in ihrem Gegensatze zur Fremdhypothek, bestimmen läßt.

a) Die Eigentümergrundschuld und ihr Gegensatz zur Fremdhypothek im bestimmungsgemäßen Entwicklungsgange des Grundpfandrechts.

1. Eigentümergrundschuld und Fremdhypothek als gegensätzliche Gestaltungen des Grundpfandrechts schlechthin.

Grundschuld und Hypothek[1]) gehören, obwohl vom Gesetz als solche nicht ausdrücklich zusammengefaßt, bei der Gleichartigkeit ihres Wesens und ihrer sachlichen Auswirkungen (§§ 1113 ff. BGB einerseits, §§ 1191 ff. - 1192 i. V. m. 1113 ff. - BGB andererseits) begrifflich zueinander als die beiden nur teilweise verschieden geregelten Erscheinungen eines Liegenschaftsrechts.[2])

Hierfür spricht insbesondere — neben der auffälligen Übereinstimmung im Wortlaute der maßgeblichen, weil begriffsbestimmenden §§ 1113, 1191 BGB[3]) — der Umstnnd, daß nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung des § 1198 BGB die Ersetzung der einen durch die andere rechtliche Erscheinung statt der Aufhebung eines bisherigen und Neuschaffung eines anderen Rechts eine ohne Zustimmung der Nachberechtigten wirksame bloße rechtsändernde Verfügung erfordert. Diese Bestimmung insbesondere,[4]) der etwa noch die Vorschrift des § 1177 BGB an die Seite zu stellen wäre, verbietet es, die Hypothek der §§ 1113 ff. BGB und die Grundschuld der §§ 1191 ff. BGB als zwei nebeneinanderstehende gleichgeordnete Rechte anzusprechen.[5]) Das Gesetz kennt der Sache nach nur ein

[1]) Der Begriff Grundschuld umfaßt sachlich auch die hier nicht in Betracht kommende Rentenschuld (§ 1199 BGB). Der Begriff Hypothek umschließt sämtliche Unterfälle, auf deren gelegentliche Abweichungen erforderlichenfalls einzugehen ist.

[2]) vgl. hierfür Staudinger (10) Vorbem. 1 vor §§ 1191 ff. BGB, Planck (5) Vorbem. 2 vor §§ 1113 ff. BGB. Heck S. 346, Schreiber S. 310.

[3]) Hierauf weist Lange S. 20 hin.

[4]) Dies betont Planck (5) Vorbem. 3 vor §§ 1113 ff. BGB.

[5]) Darum ist es zumindest ungenau, wenn Horn Hypothek und Grundschuld als „koordinierte Arten des Genusbegriffes: Grundstücksbelastung" (S. 151) bezeichnet und sie (S. 26, 27) als zwei Befriedigungsrechte behandelt.

einziges Recht auf Zahlung einer Geldsumme aus dem Grundstück, das in zwei teilweise abweichend geregelten Rechtsformen in Erscheinung tritt, vermeidet also, wenn es dasselbe dingliche Recht je nach der Form, der es unterliegt, hier als Hypothek, dort als Grundschuld bezeichnet, lediglich eine — die beiden Erscheinungen auch äußerlich zusammenfassende — einheitliche Benennung dieses Liegenschaftsrechts.

Seinem sachlichen Gehalt nach ein Gegenstück zum Fahrnis- und Rechtspfand, diesem vergleichbar und verwandt,[6]) hat das als Hypothek oder Grundschuld auftretende Recht auf Zahlung aus dem Grundstück im allgemeinen Sprachgebrauch (anders als in der Ausdrucksweise des BGB) die zusammenfassende Bezeichnung „Grundpfandrecht" gefunden,[7]) eine Bezeichnung, die neuerdings auch vom Gesetzgeber übernommen[8]) und selbst bei Anerkennung gewisser begrifflicher Bedenken[9]) als im Ergebnis zutreffende und glückliche Benennung zu betrachten ist.

Darüber allerdings muß Klarheit bestehen, daß dieses Grundpfandrecht, nach der Ausgestaltung, die seine beiden Erscheinungen im Gesetz erfahren haben, nur in seiner allerdings wesentlichsten Eigenschaft als ein auf Verwertung des haftenden Gegenstandes gerichtetes Recht dem herkömmlichen Pfandrechtsbegriff, wie er dem Fahrnis- und Rechtspfand zugrunde liegt, voll entspricht. In zwei Richtungen nämlich weicht das Pfandrecht am Grundstücke, wie das BGB es gestaltet, vom Fahrnis- und Rechtspfand ab und weitet damit die Grenzen des Pfandrechtsbegriffes erheblich aus.

Während das Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten als echtes angelehntes Sicherungsrecht ähnlich dem Recht aus der Bürgschaft einzig dem Zwecke der Sicherung einer Forderung dient, diese begleitet und mit dem Verlust des Sicherungscharakters selbst erlischt (§§ 1204, 1210, 1250, 1252 auch i. V. m. § 1273 BGB), ist das Grundpfandrecht in seinen Erscheinungen Grundschuld und Hypothek dem Siche-

[6]) Diese Verwandtschaft ist gesetzlich anerkannt in der Bestimmung des § 1287 S. 2 BGB.

[7]) vgl. hierzu Planck (5) Vorbem. 3 vor §§ 1113 ff. BGB und besonders Staudinger (10) Vorbem. 14 vor §§ 1113 ff. BGB, wo übrigens auch andere in Vorschlag gebrachte Bezeichnungen angegeben werden; ferner Heck S. 314, Schreiber S. 310.

[8]) vgl. § 14 Abs. 3 Ges v. 9. 12. 37 (RGBl. I, 1333).

[9]) vgl. Hedemann Sachenrecht, wo zwar nicht für die Hypothek (S. 366, 393), aber für die Grundschuld der Pfandrechtscharakter abgelehnt und die letztere unter dem Oberbegriff „Wertrecht" erfaßt wird (S. 196, 410, 428).

rungszweck gegenüber verselbständigt[10]). Als Hypothek dient es zwar einem solchen Zwecke (§ 1113 BGB), geht aber mit Verlust der Zweckbestimmung nicht unter (§§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1168, 418 Abs 1[11]), 1170, 1171 BGB), sondern bleibt als Grundschuld (§ 1177 Abs. 1 S. 1 BGB) in seinem Bestande erhalten. Als Grundschuld ist es einem — etwa schuldrechtlich geschaffenen — Sicherungszwecke gegenüber vollends selbständig (§§ 1191, 1192 Abs. 1 BGB).

Auch nach einer weiteren Richtung erweist das Grundpfandrecht die ihm als Liegenschaftsrecht eigentümliche Verselbständigung. Während nämlich das Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, als Recht an fremder Sache oder fremdem Rechte geschaffen, im Falle der Vereinigung mit dem Eigentume (oder der Inhaberschaft) am Pfandgegenstande grundsätzlich erlischt und nur unter besonderen Voraussetzungen als fortbestehend gilt (§ 1256 Abs. 2 BGB), ist für Liegenschaftsrechte ganz allgemein die Regel des § 889 BGB maßgeblich, die den bedingungslosen Fortbestand des Rechtes in der Hand des Eigentümers anordnet. Der hier zum Ausdruck gebrachte Grundgedanke der Selbständigkeit des begrenzten Sachenrechtes auch neben dem Eigentume am Grundstück findet seine bedeutsamste und eigenartigste Fortbildung gerade in der Ordnung des Grundpfandrechts,[12]) die dem Eigentümer als Rechtsinhaber eine besonders bedeutsame Rolle zuweist und sogar eigens eine Rechtsbestellung zu seinen Gunsten vorsieht (§ 1196 BGB).

So sind also — neben Fremdgrundschuld und Eigentümerhypothek — zumal Eigentümergrundschuld und Fremdhypothek in ihrer äußeren Gegensätzlichkeit die charakteristischen Gestaltungen eines einheitlichen Liegenschaftsrechtes, unterschieden nach der jeweils maßgeblichen Rechtsform im Sinne der §§ 1113 ff. BGB einerseits, der §§ 1191 ff. BGB andererseits und nach der jeweiligen rechtlichen Stellung des Rechtsinhabers, der im ersteren Falle zugleich der Eigentümer des belasteten Grundstücks, im letzteren Tatbestande ein Eigentumsfremder ist.

Daß darüber hinaus eine sachlich-rechtliche Verschiedenheit zwischen diesen beiden Rechtsgestaltungen nicht besteht, bedarf um deswillen der Hervorhebung, weil trotz der eindeutigen, unmißverständlichen gesetzlichen Regelung der Grund-

---

[10]) so auch Planck (5) Vorbem. 3 vor §§ 1113 ff. BGB.

[11]) Im Gegensatz hierzu erlischt ein Fahrnis- oder Rechtspfand unter gleichen Umständen, vgl. § 418 Abs. 1 BGB.

[12]) vgl. hierzu die Ausführungen Hedemanns Sachenrecht S. 420, 421 für die Hypothek, aber auch S. 428 für die Grundschuld.

pfandrechtscharakter gerade der im Mittelpunkt der vorliegenden Untersuchung stehenden Eigentümergrundschuld, ja sogar ihr Bestand als begrenztes dingliches Recht angezweifelt worden ist. Wenn hauptsächlich zur Zeit des Inkrafttretens des BGB und im ersten Jahrzehnt danach Bedenken in dieser Richtung geltend gemacht wurden, so erklärt sich dies einmal aus der Schwierigkeit der Vorstellung eines begrenzten Rechts an eigener Sache, zum anderen aus dem Umstande, daß man der Bestimmung des § 1197 BGB, die dem Eigentümer selbständige Verwertungsbefugnis und (im Regelfalle) dingliches Zinsrecht versagt, eine unverdiente rechtsgrundsätzliche Bedeutung beilegte.

Darauf ist es also zurückzuführen, wenn man entgegen der klaren Sprache des Gesetzes in den §§ 1196, 1191, 1177 BGB die Eigentümergrundschuld u. a. als „zurückgewonnenes oder von vornherein freigebliebenes (befreites) Eigentum“,[13]) als „Tabularform“ oder „Dispositionsvorbehalt“[14]) des Eigentümers bezeichnete und ihr jeden eigenen Rechtsinhalt und -bestand absprach.[15])

Derartige Rechtsansichten, die letzten Endes auf eine bewußte Ablehnung des vom Gesetz nun einmal vorgesehenen Eigentümerpfandrechts[16]) hinauslaufen, fanden schon von vornherein begründeten Widerspruch,[17]) werden heute auch nur noch vereinzelt vertreten — so von Güthe - Triebel, der[18]) die Eigentümergrundschuld als „Eigentumsrecht in seiner Gebundenheit an eine bestimmte Hypotheken- oder Grundschuldrangstelle“ auffaßt — von der herrschenden Lehre jedenfalls, die auch die Eigentümergrundschuld als echtes Grundpfandrecht betrachtet, nicht gebilligt.[19])

---

[13]) so u. a. Güthe S. 737, 739.

[14]) v. Schwind S. 145, 146.

[15]) etwas ganz anderes ist es, wenn Staudinger (10) Anm. 5 zu § 1177 BGB die Eigentümergrundschuld als verselbständigten Eigentumsbestandteil bezeichnet. Als „Abzweigung vom Eigentum“ (Hedemann Sachenrecht S. 82) enthält sie wie jedes beschränkte dingliche Recht aus dem Eigentum abgeleitete Befugnisse, stellt aber ein selbständiges Recht dar, das neben dem Eigentum steht.

[16]) vgl. auch Prot 3, S. 722.

[17]) vgl. Horn S. 50.

[18]) Legitimationsfragen: Eigentümerhypothek zu 1 unter Aufrechterhaltung der Güthe'schen Betrachtungsweise.

[19]) vgl. u. a. RGRKomm Anm. 3 zu § 1177 BGB, Planck (5) Vorbem. 2e vor §§ 1113 ff. BGB, Staudinger (10) Anm. 3 zu § 1177 BGB, Schreiber S. 334 u. 336, v. Brunn S. 172, 173 auch unter Hinweis auf die Rechtspr. RGJW 1937, 615 bezeichnet die Eigentümergrundschuld ganz unbedenklich als Grundstückspfandrecht.

Ohne auf den sachlich so gut wie erledigten Meinungsstreit noch im einzelnen einzugehen,[20]) wird man für den Grundpfandrechtscharakter auch der dem Eigentümer zustehenden Grundschuld (übrigens ebenso auch der Hypothek) folgendes anzuführen haben: Das Eigentümerpfandrecht gibt dem Eigentümer — und darin liegt sein besonderer selbständiger Rechtsinhalt — die Möglichkeit, in einem von dritter Seite betriebenen Vollstreckungsverfahren den auf die Rangstelle entfallenden Erlös in Anspruch zu nehmen. Es behauptet sich also im Gegensatz zum bloßen Grundeigentum, das in einem solchen Verfahren allen Belastungen weichen müßte,[21]) mit dem ihm zukommenden Range als echtes Verwertungsrecht im Wettstreit mit Fremdrechten. Es ist überdies vom Gesetz nicht bloß als Grundschuld (oder Hypothek) bezeichnet, also nicht bloß äußerlich als Grundpfandrecht kenntlich gemacht, wird vielmehr durchweg auch den Grundsätzen unterstellt, die sachlich für ein solches Recht gelten. Dies zeigt sich besonders deutlich im Falle einer Eigentumsübertragung, die, wäre das Recht des Eigentümers lediglich unbelastetes Eigentum, notwendig auch dessen Übergang zur Folge haben müßte. In Wahrheit ist aber hier wie überall die ordnungsmäßige Abtretung entsprechend § 1154 BGB erforderlich, die den Bestand eines begrenzten dinglichen Rechtes, eines wahren Grundpfandrechtes, begrifflich voraussetzt und beweist. Nach der einzigen Sondervorschrift, die für die Eigentümergrundschuld (und -hypothek) gilt, kann nur der Eigentümer als Berechtigter nicht selbst die Vollstreckung betreiben, gebühren im Regelfalle nur ihm keine Zinsen (§ 1197 BGB), nicht aber fehlt es dem Rechte an einem entsprechenden Inhalt. Dies offenbart sich bei Lösung der Vereinigung, da solchenfalls ohne jegliche Inhaltsänderung der Rechtsinhaber auch diese Befugnisse, die danach, wenn auch ruhend, im Eigentümerpfandrecht schon enthalten waren, ungehindert auszuüben vermag. Das bloße Ruhen zumal der selbständigen Vollstreckungsbefugnis kann aber bei Berücksichtiguug des im übrigen ungeschmälerten Rechtsinhaltes dem Pfandrechtscharakter der Eigentümergrund-

[20]) Ein Hinweis auf die von Horn S. 3—5, 50—54 gegebene erschöpfende Übersicht und zugleich Widerlegung auch der sonst noch vertretenen verschiedenen Rechtsansichten (s. auch Staudinger (10) Anm. 52 zu § 1177 BGB, v. Brunn S. 170—172) mag im Rahmen der Darstellung durchaus genügen.

[21]) so auch Schreiber S. 283 zu Anm. 2. — Unzutreffend die Erwägung in Prot 3, S. 573 u. 723, der Eigentümer erhalte als solcher — nicht als Pfandberechtigter — den Erlösanteil.

schuld (und -hypothek) nicht abträglich sein.[22]) — In diesem Zusammenhange sei lediglich noch darauf hingewiesen, daß die Verwertungsbefugnis des Grundpfandberechtigten durch die gegenwärtige, dem Schuldner- (Eigentümer-) Schutz dienende Gesetzgebung letzten Endes ganz allgemein auf ein selbständiges Antragsrecht zurückgeführt ist, dessen Ausübung im praktisch wichtigsten Falle der Zwangsversteigerung wohl zur Eröffnung des Verfahrens führt, außerdem aber eine von Amts wegen vorzunehmende Prüfung der maßgeblichen Verhältnisse veranlaßt und tatsächlich nur in besonderen Fällen zum Ziele der Pfandverwertung führt.[23]) Gerade eine solche rechtliche Entwicklung nötigt dazu, der in § 1197 BGB angeordneten besonderen Beschränkung des Eigentümers in der Ausübung des Verwertungsrechtes, die gleichfalls als Schutzvorschrift (zugunsten nachstehender Berechtigter) vorgesehen ist,[24]) eine ausschlaggebende rechtsgrundsätzliche Bedeutung abzusprechen, damit also die Grundschuld des Eigentümers so gut wie die Hypothek des fremden Gläubigers als echtes Grundpfandrecht anzuerkennen.

Der wahre Gegensatz zwischen diesen beiden Grundpfandrechtsgestaltungen, dessen Ausschöpfung für die Erkenntnis der regelmäßigen Stellung und Bedeutung der Eigentümergrundschuld im Rahmen der Grundpfandrechtsordnung unerläßlich ist, beruht einmal auf der Verschiedenheit der maßgeblichen Rechtsformen und zum anderen der Inhaberstellungen am Rechte.

α) Die Verschiedenheit der Rechtsformen (das Grundpfandrecht als Grundschuld und Hypothek).

Das Verhältnis der Rechtsformen des § 1191 BGB (Grundschuldform) einerseits, des § 1113 BGB (Hypothekform) andererseits ist vom Gesetz nicht mit letzter Klarheit entwickelt worden. Gerade die äußere Art der Darstellung — der breite Raum, der der an erster Stelle behandelten Hypothek zugewiesen, die dürftige, durch Verweisung ergänzte Regelung, die der

[22]) Nach Heck S. 98, 349. 350, 353, der dem Liegenschaftspfandrecht eine „Realobligation" zugrunde legt (so auch u. a. schon v. Schwind S. 141, 142), ist die Eigentümergrundschuld ein „Rechtstorso", weil es am Gegner fehle. Gegen die zumal mit § 1142 BGB unvereinbare Auffassung des Grundpfandrechts im allgemeinen sei auf die Ausführungen von Schreiber S. 313–316 verwiesen. Mit der als unrichtig erkannten Lehre von der Realobligation fällt zugleich die besondere Folgerung einer angeblichen rechtlichen Unvollkommenheit der Eigentümergrundschuld.

[23]) vgl. §§ 5, 6, 7 VO über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung vom 26. 5. 33 (RGBl I, 302).

[24]) vgl. Prot 3, S. 573.

Grundschuld erst im Anschluß daran zuteil geworden ist – ist irreführend.[25]) Hinzu kommt, daß das Gesetz etwa in den Fällen der §§ 1168, 1163 BGB das auf den Eigentümer übergehende Recht durchweg Hypothek nennt, obwohl ihm in diesem Zeitpunkte der Sicherungscharakter, ausschlaggebendes Merkmal der Form des § 1113 BGB, verloren gegangen ist, um erst in einer weiteren zusammenfassenden Bestimmung (§ 1177 BGB) die Verwandlung zur Rechtsform der Grundschuld klarzustellen. Wird so dem äußeren Schein nach der Hypothekform eine beherrschende Rolle gegenüber der Grundschuldform zugewiesen, so steht die sachliche Regelung des Verhältnisses beider Rechtsformen hierzu im ausgesprochenen Gegensatz. Die Grundschuld ist nicht bloß aus begrifflichen Erwägungen heraus, sondern auch auf Grund entsprechender gesetzlicher Ausgestaltung als Grundpfandrecht in der wesensgemäßen und darum endgültigen Rechtsform anzusprechen, während die Hypothek das Grundpfandrecht in einer wesensfremden und folgerichtig einstweiligen Rechtsform darstellt.

Ein besonderes und als charakteristisch zu bezeichnendes Merkmal des Grundpfandrechtes ist, wie dargetan, die Verselbständigung des Rechtes auf Zahlung einer Geldsumme aus dem Grundstück gegenüber dem — für das inhaltlich verwandte Fahrnis- und Rechtspfand wesentlichen — Sicherungszweck. Als reine und wesensgemäße[26]) Rechtsform[27]) muß folglich diejenige angesprochen werden, in der die Verselbständigung des dinglichen Rechtes am vollkommensten zum Ausdruck kommt. Dies ist die Eorm des § 1191 BGB, da das als Grundschuld auftretende Grundpfandrecht den Charakter eines Sicherungsrechts gänzlich abgestreift hat und ein in jeder Hinsicht, seinem Bestande wie seiner Zuständigkeit nach, von einer gesicherten Forderung unabhängiges dingliches Verwertungsrecht darstellt.[28]) Bestätigt wird diese zunächst aus dem Grundpfandrechtsbegriffe gewonnene Erkenntnis durch die gesetzliche Regelung, die grundsätzlich jedes Liegenschafts-

---

[25]) Schreiber S. 310 zu Anm. 1 erblickt in dieser Art der Behandlung des Grundpfandrechts den Beweis einer „systematischen Unsicherheit" des BGB; nicht ganz so weit geht Lange S. 20, der auch auf die geschichtliche Entwicklung der beiden Rechtsbegriffe hinweist.

[26]) ebenso Schreiber S. 310.

[27]) die zugleich die einfachere Form ist (vgl. Planck (5) Vorbem. 3 vor §§ 1113 ff. BGB).

[28]) Es ist also eine entschiedene Abkehr vom hergebrachten Begriff des angelehnten Pfandrechts, wenn gerade diese Rechtsform im BGB als Grundform des Liegenschaftspfandes erscheint. Der engere Pfandrechtsbegriff (Hedemann Sachenrecht S. 410) ist damit gesprengt.

pfandrecht entweder von vornherein oder nachträglich der wesensgemäßen Grundschuldform unterwirft.

Jedes — auf Grund des allgemein für Liegenschaftsrechte vorgesehenen Bestellungsgeschäftes (§ 873 BGB) durch Einigung[29]) und Eintragung entstehende Grundpfandrecht, mag es als Grundschuld oder als Hypothek bestellt sein, hat die Form des § 1191 BGB, es sei denn, daß letzterenfalls noch außerdem die besonderen Voraussetzungen der Rechtsform des § 1113 BGB (Forderungsentstehung und Verschaffung der Gewalt über den Brief i. S. d. §§ 1113 Abs. 1, 1117 BGB) erfüllt sind (§§ 1163 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB). Auch das als Hypothek begründete Pfandrecht kehrt kraft Gesetzes zur wesensgemäßen Rechtsform der Grundschuld zurück, sobald das besondere Merkmal der Form des § 1113 BGB, d. i. die Unterwerfung des Rechtes unter einen Sicherungszweck, durch Verzicht (§ 1168 BGB), auf Grund des gleichbedeutenden Tatbestandes des § 418 Abs. 1 BGB, infolge Forderungunterganges (§ 1163 Abs. 1 S. 2 BGB) oder kraft Ausschlußurteils (§§ 1170, 1171 BGB) entfällt. Dies stellt die Bestimmung des § 1177 BGB[30]) ausdrücklich klar. Daß eine solche Rechtsform als wesensgemäße zugleich ständig sein muß, eine Form, die dem Rechte ohne darauf abzielende Verfügung (etwa i. S. d. § 1198 BGB) nicht verloren gehen kann, entspricht schon begrifflichen Erwägungen. Diese Folgerung deckt sich aber auch mit der Regelung des Gesetzes, das keinen Fall kennt, in dem eine als solche bestellte Grundschuld sich unter Wechsel der Rechtsform zur Hypothek verwandelt, das eine dem § 1177 Abs. 1 S. 1 BGB vergleichbare Bestimmung für das Recht des § 1191 BGB nicht vorsieht.

Der Grundschuld, dem Rechte in wesensgemäßer ständiger Form, tritt die Hypothek als Grundpfandrecht in einer wesensfremden einstweiligen Form gegenüber.[31]) Nach der Bestimmung des § 1113 BGB hat der Begünstigte das dingliche Recht auf Zahlung aus dem Grundstück nur „zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung“ inne. Das im Bestande selbständige Grundpfandrecht dient in der Form des § 1113 BGB — als Hypothek — einem Sicherungszwecke und unter-

[29]) Ausnahmsweise genügt (§§ 1188, 1195, 1196 BGB) einseitige Erklärung des Eigentümers.

[30]) Ausnahme: § 1178 BGB; teilweise abweichend die Gesamthypothek entsprechend §§ 1173, 1174, 1175 BGB.

[31]) die, obwohl komplizierter als die erstere Form, sich im Rechtsleben so gut behauptet hat, daß die Zurückführung der Vielheit von Grundpfandrechtsformen auf die Grundschuld auch in Zukunft auf Schwierigkeiten stoßen dürfte (Hedemann Fortschritte II 2, S. 375).

liegt um dieser ihm aufgezwungenen Zweckbestimmung willen ähnlichen Rechtssätzen wie das Fahrnis- und Rechtspfand. Es folgt notwendig der Hypothekenforderung (eine Übertragung der Forderung oder des dinglichen Rechtes allein ist unwirksam,[32]) vgl. § 1153 Abs. 2 BGB), geht insbesondere auch kraft Gesetzes mit ihr über (§§ 412, 401, 1153 BGB) und teilt, allerdings nur, solange es dem Sicherungszwecke nicht entfremdet wird, d. h. solange die Hypothekform des dinglichen Rechts andauert, das rechtliche Schicksal der Forderung. — Man spricht unter diesen Umständen mit Grund von einer nur begrenzten, einfachen[33]) oder mittelbaren[34]) Angelehntheit der Hypothek,[35]) da das Grundpfandrecht in dieser Form die ihm wesenseigene Selbständigkeit verleugnet, bis auf die Selbständigkeit im Bestande unterdrückt, um sie erst bei Fortfall des Sicherungszweckes voll zu entfalten. Wenn zumal für die Form der Verkehrshypothek hauptsächlich wegen der Vorschrift des § 1138 BGB auch diese begrenzte Angelehntheit in Abrede gestellt wird,[36]) so verkennt man hier einmal den Ausnahmecharakter dieser Verkehrsschutz-Bestimmung und andererseits die wahre Form des aus der Hand des Nichtberechtigten gutgläubig erworbenen forderungslosen Grundpfandrechts.

Das dingliche Recht nämlich, das in der Hand des Erwerbers ebenso wenig wie bislang dem Zwecke der Sicherung einer Forderung dient, ist begrifflich ein selbständiges, der Form des § 1191 BGB entsprechendes Grundpfandrecht, also eine Grundschuld, nicht eine Hypothek.[37]) Dies ergibt einwandfrei die bloße Gegenüberstellung der §§ 1191, 1113 BGB; einer Anordnung des Gesetzes, die dies noch ausdrücklich hervorhebt, bedurfte es nicht. Die zumindest mißverständliche Fassung des § 1138 BGB, in der von einer Hypothek die Rede

[32]) ein geringerer Grad der Verknüpfung (im Ausmaß des § 401 BGB) liegt bei der Höchsthypothek vor (§ 1190 Abs. 4 BGB); ebenso auch die Hypothek des § 1159 BGB.

[33]) Hedemann Sachenrecht S. 196, 390, 391.

[34]) Schreiber S. 319, weil die Sachhaftung (kraft des dinglichen Rechts) und die Schuldhaftung (kraft der Forderung) nicht für das gleiche „Anrecht" bestehen, sondern die erstere noch durch ein besonderes Anrecht vermittelt werde.

[35]) wie hier u. a. auch Planck (5) Vorbem. 2a u. 3 vor §§ 1113 ff. BGB, v. Schwind S. 107 mit eingehender Begründung (S. 107–110); vgl. auch Prot 3, S. 600, wo jedenfalls der Grundsatz der Angelehntheit anerkannt wird; statt von Angelehntheit spricht Heck S. 324 von der „Zweckgemeinschaft" zwischen Forderung und dinglichem Recht.

[36]) zumal von Staudinger (10) Anm. 7 zu § 1113 BGB und den dort angeführten Schriftstellern, insbesondere noch von Biermann Komm Anm. 2 zu § 1113, Anm. 3 zu § 1138 BGB, Lange S. 17, 18, 33.

[37]) wie hier Schreiber S. 320 (s. auch S. 312).

ist, kann nicht entscheidend sein, da, wie gezeigt, auch in einer Reihe anderer Bestimmungen das Grundpfandrecht statt als Grundschuld irreführend als Hypothek angesprochen wird.[38])

Der Sinn der im § 1138 BGB vorgesehenen Fiktion ist jedenfalls lediglich der, daß die Prüfung einer grundbuchfremden Tatsache, die gemäß §§ 1113, 1153, 1154 BGB für die Verfügungsmacht des als Hypothekengläubiger Eingetragenen außerordentlich bedeutsam ist, dem rechtsgeschäftlichen Erwerber erspart wird. Eine wirkliche Forderung entsteht auch für den, der auf eine unrichtige Hypothekeneintragung vertraut, nicht, lediglich der Mangel des Sicherungszweckes kann fortan — wie bei der Grundschuld allgemein — nicht mehr geltend gemacht werden.

Eine als bestehend geltende Hypothekenforderung, mit der viele die immerhin bemerkenswerte Veränderung einer bisherigen Grundschuld (des Eigentümers) zur Hypothek (des Gutgläubigen) rechtfertigen wollen,[39]) entbehrt als ein Schattengebilde jeglicher rechtlichen und praktischen Bedeutung, gibt insbesondere dem Erwerber nichts, was er nicht schon als Grundschuldberechtigter hätte. Dies muß, will man nicht den Unterschied der Grundpfandrechtsformen überhaupt seiner Bedeutung und seines Sinnes entkleiden, den Ausschlag zugunsten der hier vertretenen Ansicht geben, nach der die Vorschrift des § 1138 BGB nicht den Erwerb einer forderungslosen Hypothek, sondern Grundschulderwerb vermittelt, die Angelehntheit des dinglichen Rechts in der Hypothekform also nicht entscheidend beeinträchtigt.

Ist demnach das Grundpfandrecht in der Form des § 1113 BGB einem Sicherungszwecke grundsätzlich unterworfen und wird damit, wenn auch im einzelnen gelegentlich abweichend,[40]) dem Fahrnis- und Rechtspfand angenähert, so muß es sich hier um eine Rechtsform handeln, die dem Wesen des in seinem Bestande immer selbständigen dinglichen Verwertungsrechtes fremd ist. Dies stimmt mit der gesetzlichen Regelung überein, die dem Grundpfandrecht die wesensfremde Form der Unselbständigkeit nur unter erschwerten Voraussetzungen auferlegt:

---

[38]) Deshalb ist die auf den Wortlaut des § 1138 BGB abstellende Entscheidung RGZ 137, 95 ff. (97) nicht überzeugend.

[39]) so u. a. Planck (5) Anm. 4a zu § 1138 BGB, Biermann Komm Anm. 3 zu § 1138 BGB.

[40]) So erklären sich die Forderungsauswechselung i. S. des § 1180 BGB und der gleichartige gesetzliche Vorgang entsprechend § 1164 BGB als Folgen der dem Grundpfandrecht eigenen Selbständigkeit im Bestande.

Die ausdrückliche Bestellung eines Liegenschaftsrechtes entsprechend § 1113 BGB durch Einigung[41]) und Eintragung allein reicht hier nicht aus. Die Entstehung einer Hypothek erfordert noch als besondere Voraussetzungen Forderungsentstehung und ggf. Verschaffung der Gewalt über den Brief (§§ 1113, 1117 BGB), die das Grundpfandrecht dem Sicherungszweck erst dienstbar machen.

Andererseits muß dem als Sicherungsrecht auftretenden Grundpfandrecht in der wesensfremden Rechtsform des § 1113 BGB die Neigung und Fähigkeit innewohnen, sich aus seiner Bindung an eine Forderung zu befreien, damit unter Abschüttlung der bisherigen zur Form des § 1191 BGB überzugehen, die seinem eigentlichen Wesen entspricht. Nichts anderes besagt die gesetzliche Regelung, die in den §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1168 (418 Abs. 1), 1170, 1171 i. V. m. § 1177 Abs. 1 S. 1 BGB eine kraft Gesetzes vor sich gehende „Verwandlung"[42]) des dem Sicherungszwecke nachträglich entzogenen Grundpfandrechts mehr klarstellt[43]) als anordnet.[44]) — Damit erweist sich die Hypothekform als eine einstweilige, nur vorübergehend, nicht ständig maßgebliche Grundpfandrechtsform.

β) Die Verschiedenheit der Rechtsinhaberstellungen (das Grundpfandrecht als Eigentümer- und Fremdrecht).

Wenn nach Betrachtung der verschiedenen Rechtsformen nunmehr die Inhaberstellungen des Eigentümers und des Eigentumsfremden einander gegenübergestellt werden, so kann es sich lediglich darum handeln, die Bedeutung dieser beiden möglichen Rechtsstellungen nach den besonderen, zwingenden

---

[41]) ausnahmsweise einseitige Erklärung des Eigentümers (§ 1188 BGB).

[42]) Von einer „Verwandlung", die Hedemann Fortschritte II 2 S. 264 als „Gipfel der konstruktiven Methode des 19. Jahrhunderts" bezeichnet und (Sachenrecht S. 424) einen Vorgang „abseits vom lebendigen Leben" nennt, muß das BGB aus gesetzestechnischen Gründen sprechen, weil es statt mit einem Begriff (Grundpfandrecht) mit zwei Begriffen (Hypothek, Grundschuld) arbeitet.

[43]) Die besondere Anordnung in § 1177 BGB, die nur aus der geschichtlichen Entwicklung erklärlich ist, wird von Hedemann Sachenrecht S. 424 lediglich als Ausspruch einer begriffsnotwendigen Folge angesehen und weitergehend von Schreiber S. 330 zu Anm. 1 zu Recht als sachlich entbehrlich bezeichnet; die Bestimmung enthält, wie Heck S. 353 betont, nicht viel mehr als eine bloße Umbenennung des dinglichen Rechts.

[44]) Ausnahmsweise in sämtlichen Fällen statt Wechsels der Rechtsform Rechtsuntergang nach § 1178 BGB. Für die Gesamthypothek gilt die besondere im Rahmen der vorliegenden allgemeinen Betrachtung nicht näher zu behandelnde Regelung der §§ 1173, 1174, 1175 BGB, die übrigens an dem Grundsatz der Vergänglichkeit der Hypothekform nichts ändert, sondern lediglich einige Sondertatbestände des Rechtsunterganges schafft.

Vorschriften über Erwerb und Verlust des hier in Rede stehenden Liegenschaftsrechts zu würdigen. Einzig die Sonderbestimmungen der Grundpfandrechtsordnung, die den Gedanken der Selbständigkeit des beschränkten dinglichen Rechts auch neben dem Eigentume eine einzigartige Ausgestaltung verleiht, können also Grundlage der Untersuchung sein. Völlig außer Betracht bleiben demnach nicht allein die Fälle, in denen der — durch § 889 BGB gestattete und zugelassene — Wandel vom Fremdrecht zum Eigentümerrecht oder der umgekehrte Rechtsvorgang auf einem Wechsel des Eigentums am Pfandgrundstück beruht, sondern desgleichen alle die Tatbestände, in denen ein solcher Wandel aus den allgemeinen Vorschriften über Erwerb oder Verlust eines begrenzten Sachenrechts folgt, denen selbstverständlich — neben den eigens getroffenen Sonderbestimmungen — das Grundpfandrecht a u c h unterliegt.

Für die Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage nach dem Verhältnis und der Verschiedenheit zwischen der Inhaberstellung des Eigentümers und der des Eigentumsfremden im Rahmen der Grundpfandrechtsordnung dürfen schließlich auch die Bestimmungen keine Berücksichtigung finden, die für den Erwerb und Verlust des einem Sicherungszweck unterworfenen Rechtes, der Hypothek, gelten. — Solange nämlich die Rechtsinhaberschaft mit der Gläubigerstellung der gesicherten Hypothekenforderung, die übrigens zunächst nur einem Fremden und nachträglich erst dem Eigentümer zustehen kann, verknüpft ist, gelten insoweit für das Liegenschaftspfandrecht im wesentlichen gleiche Grundsätze wie für das Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten. Es handelt sich, wenn hier ohne einen Eigentumswechsel am Pfandgrundstück ein Wandel des anfänglichen Fremdrechts zum Eigentümerrecht erfolgt oder nachträglich wieder eine entsprechende rückläufige Änderung eintritt, der Sache nach um Forderungserwerb und -verlust, der sich mittelbar auf das dingliche Recht auswirkt, nicht aber um eine dem Grundpfandrecht selbst vorbehaltene Besonderheit. — Dies ergibt in ihrer sachlich einwandfreien Ausdrucksweise mit aller Deutlichkeit die Bestimmung des § 1143 BGB, die den für Bürgschaft und Pfandrecht geltenden Vorschriften der §§ 774, 1225 BGB im Grundgedanken des Lösungsrechts voll entspricht. Wenn also durch Ausübung dieses Lösungsrechtes der Eigentümer kraft Gesetzes die Forderung erwirbt, so ist es nichts als eine jedem Sicherungsrecht eigene Folge,

wenn die mit der Forderung verknüpfte Hypothek (entsprechend §§ 413, 401, 1153 BGB) mit ihr übergeht und damit vom Fremdrecht zum Eigentümerrecht wird.[45])

Die Außerachtlassung der hierher gehörigen Bestimmungen, die selbst, soweit sie in der Ordnung des Grundpfandrechts ihren Platz gefunden haben, etwas diesem Recht Eigenartiges nicht erkennen lassen, ist nicht nur im Sinne der hier gestellten Frage geboten, sondern beeinträchtigt auch in keiner Weise die Allgemeingültigkeit der gefundenen Ergebnisse. Ist doch zu erwägen, daß, von wenigen Ausnahmen abgesehen, die Hypothekform und damit auch die hier maßgeblichen Erwerbs- und Verlusttatbestände nur vorübergehende Bedeutung für das Grundpfandrecht haben, das, in seinem Bestande selbständig, in aller Regel endlich zur wesensgemäßen Grundschuldform übergeht.

Die Frage nach dem Verhältnis und der Bedeutung der beiden verschiedenen Inhaberstellungen innerhalb des hier behandelten rechtlichen Teilgebietes beantwortet sich also ausschließlich aus der einzigartigen gesetzlichen Sonderregelung, die das der Hypothekform nicht unterworfene oder ihr entzogene (selbständige) Grundpfandrecht in Abweichung von jedem anderen Liegenschaftsrecht gefunden hat, die aber im Hinblick auf die grundsätzlich vorgesehene Verwandlung auch des als Hypothek begründeten Rechtes im Ergebnis für das Grundpfandrecht allgemein maßgeblich ist.

Nach dem Grundgedanken dieser besonderen Regelung, der in einer Reihe von Einzelvorschriften klar zum Ausdruck kommt, wird für das Grundpfandrecht der Eigentümer als solcher zum gesetzlich berufenen und demgemäß ständigen Rechtsinhaber, während die Inhaberstellung des Fremden (bei

---

[45]) Das so zum Eigentümerpfandrecht gewordene Recht kann, solange die Hypothekform andauert, ebensogut wieder kraft Gesetzes zum Fremdrecht werden (§§ 774, 1225 BGB), so wenn der mit dem Schuldner nicht identische Eigentümer nach Ausübung des Lösungsrechtes von einem Bürgen oder dem Eigentümer einer außerdem verpfändeten beweglichen Sache abgefunden wird, wodurch die Forderung nebst Sicherungsrecht auf diese Eigentumsfremden übergeht. — Einem besonderen Plan des Gesetzes entspricht es also nicht, wenn einmal der Eigentümer zum Hypothekengläubiger wird und ein anderes Mal wieder ein Fremder diese Stellung erhält.

begrenzten Rechten sonst zumindest die notwendige Ausgangsstellung) als eine dem Recht willkürlich aufgezwungene einstweilige Herrschaft erscheint.[46])

Der Eigentümer erweist sich als der berufene Inhaber insofern, als er jedes bestehende dem Sicherungszweck des § 1113 BGB nicht (nicht mehr) dienende - Grundpfandrecht entweder von vornherein oder nachträglich erwirbt.

Anfänglich, d. h. mit Rechtsbestellung, erlangt der Eigentümer als solcher die Inhaberstellung an einem selbständigen Grundpfandrecht (i. S. des § 1191 BGB) nicht bloß durch die ausdrücklich zugelassene Rechtsbegründung auf seinen Namen (§ 1196 BGB), sondern außerdem auch bei Bestellung eines Fremdrechtes in allen Fällen, in denen mangels vollendeter Unterwerfung des Rechts unter den Sicherungszweck statt einer Hypothek eine Grundschuld entsteht (§§ 1163 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB) oder bei gültiger Grundschuldbestellung eine neben Einigung (einseitiger Erklärung des Eigentümers) und Eintragung etwa erforderliche besondere Voraussetzung der Fremdberechtigung (Verschaffung der Gewalt über den Brief beim Briefrecht - §§ 1117, 1192 Abs. 1 BGB) fehlt (§§ 1163 Abs. 2, 1192 Abs. 1 BGB). — Nachträglich erlangt der Eigentümer kraft eines außerordentlichen Einzelrechtsüberganges des Liegenschaftsrechtes selbst als Nachfolger eines jeden Fremdberechtigten die Inhaberschaft an einem selbständigen Grundpfandrecht (§ 1191 BGB), und zwar, sofern bislang die Hypothekform maßgeblich war, in den Fällen der Verwandlung, wenn das dingliche Recht also dem Sicherungszweck entzogen wird (§§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1168 - 418 Abs. 1 - 1170, 1171 i. V. m. § 1177 Abs. 1 S. 1 BGB), außerdem aber auch bei der Grundschuld in den Fällen des Verzichts (§§ 1168, 1192 Abs. 1 BGB), Ausschlußurteils (§§ 1170, 1171, 1192 Abs. 1 BGB) und der Ablösung (§§ 1142, 1144, 1192 Abs. 1 BGB), wenn also ohne gleichzeitigen Untergang des dinglichen Rechtes die Inhaberschaft des Fremden erlischt.[47])

---

[46]) Insoweit ist die in Prot 3, S. 603 zum Ausdruck gebrachte Vorstellung, daß die Substanz des gültig begründeten Liegenschaftspfandrechtes mit der Rechtsherrschaft des Fremden nur „belastet" werde und, mit deren Entfallen frei geworden, dem Eigentümer zustehen müsse, wenigstens in ihrem wesentlichen sachlichen und wirtschaftlichen Kern Gesetz geworden. Lediglich die Ausdrucksweise a. a. O. wird von RGZ 72, 274 ff. (277) mit Recht beanstandet und als unvereinbar mit der gesetzlichen Regelung bezeichnet.

[47]) Ausnahmsweise kein nachträglicher Rechtserwerb nach der Sonderbestimmung des § 1178 BGB (auch i. V. m. § 1192 Abs. 1 und 2 BGB); bei anfänglicher Gesamthypothek oder -grundschuld teilweise abweichende Regelung (§§ 1173, 1174, 1175 auch i. V. m. § 1192 Abs. 1 BGB).

Die vom Gesetz als Herrschaft des berufenen Pfandberechtigten vorgesehene Inhaberstellung des Eigentümers ist ganz folgerichtig auch als ständige, unverlierbare Rechtsherrschaft gedacht. Die Grundpfandrechtsordnung hat keinen den soeben angeführten Bestimmungen entgegengesetzten Tatbestand ausdrücklich vorgesehen, kennt insbesondere keinen Fall, in dem ein auf den Namen des Eigentümers bestelltes selbständiges Grundpfandrecht im Wege gesetzlichen Einzelrechtsüberganges von einem Eigentumsfremden erworben wird.[48])

Dem Eigentümer als dem berufenen ständigen Rechtsinhaber steht — wenigstens in der gesetzlichen Behandlung — der Fremde als ein dem Grundpfandrecht willkürlich aufgezwungener und deshalb nur einstweiliger Berechtigter gegenüber. Der Eigentumsfremde erwirbt nur im Falle ausdrücklicher Bestellung zu seinen Gunsten und auch dann nur unter der besonderen Voraussetzung die Inhaberstellung, daß das zur wesensfremden Hypothekform bestimmte Grundpfandrecht dem Sicherungszwecke voll wirksam unterworfen wird oder beim selbständigen Pfandrecht sämtliche tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der Fremdberechtigung (insbesondere also auch Briefübergabe beim Briefrecht — §§ 1117, 1192 Abs. 1 BGB) gegeben sind. — Ein nachträglicher Rechtserwerb aus der Hand des Eigentümers ist ihm kraft Gesetzes ausdrücklich jedenfalls nicht vorbestimmt.

Als eine dem Grundpfandrecht aufgenötigte Rechtsherrschaft ist die Inhaberstellung des Fremden nicht von Dauer in dem Sinne, daß seine Rechtsstellung nur mit dem Pfandrechtsuntergange erlischt. Kraft des erörterten eigenartigen gesetzlichen Überganges des selbständigen Grundpfandrechtes verliert vielmehr jeder Fremdberechtigte seine Rechtsherrschaft zugunsten des Eigentümers, und zwar an der bisherigen Hypothek in den Fällen der Verwandlung, an der Grundschuld infolge Verzichts, Ablösung und Ausschlußurteils und ist nur in den mehrfach angeführten Ausnahmefällen diesem gegenüber ein ständiger Rechtsinhaber.

Damit rechtfertigt sich als Ergebnis der Untersuchung über die verschiedenen Rechtsformen und Inhaberstellungen

---

[48]) Wenn während Maßgeblichkeit der Hypothekform kraft Gesetzes auch ein Fremder (Bürge, Pfandeigentümer) mit der Forderung ein bisheriges Eigentümerpfandrecht erwerben kann, so steht dies der Feststellung der Ständigkeit der Eigentümerberechtigung nicht entgegen. — Einmal ist dies nichts als eine Folge des der Hypothek auferlegten Sicherungszweckes, und zum anderen handelt es sich hier um Bestimmungen, die nur für begrenzten Zeitraum maßgeblich sind, nach dessen Ablauf sich der Eigentümer doch als ständiger Inhaber erweist.

beim Grundpfandrecht die nachstehende Feststellung, die den Gegensatz zwischen Eigentümergrundschuld und Fremdhypothek schlechthin charakterisiert: Die Eigentümergrundschuld ist das dem gesetzlich berufenen ständigen Inhaber in der wesensgemäßen ständigen Form zustehende Grundpfandrecht, während die Fremdhypothek das Grundpfandrecht in der Hand des willkürlich aufgezwungenen einstweiligen Berechtigten und in wesensfremder einstweiliger Rechtsform darstellt.

2. Eigentümergrundschuld und Fremdhypothek als gegensätzliche Gestaltungen zumal im bestimmungsgemäßen Entwicklungsgange des Grundpfandrechts.

Die Ausschöpfung des Gegensatzes zwischen der Eigentümergrundschuld, der im Rahmen der Darstellung besonders wichtigen Grundpfandrechtsgestaltung, und der Fremdhypothek erweist sich gerade erst dann als besonders nutzbringend, vergegenwärtigt man sich, welche Stellung und Bedeutung hiermit der Eigentümergrundschuld gegenüber der Fremdhypothek im regelmäßigen Geschehensablaufe des Grundpfandrechts zugewiesen ist. Dann nämlich ergibt sich das folgende Bild:

Das Grundpfandrecht des BGB hat nach der ihm zuteil gewordenen Ausgestaltung die besondere Bestimmung, entweder von vornherein oder nachträglich in der seinem Wesen gemäßen Grundschuldform dem Eigentümer als berufenem Berechtigten ständig zuzustehen.[49]) Entsprechend dieser Bestimmung erhält die Eigentümergrundschuld eine überragende rechtliche Bedeutung als charakteristische nach Rechtsform und Inhaber einzig endgültige Grundpfandrechtsgestaltung.[50]) Alle übrigen Gestaltungen in denen das Recht seiner eigentümlichen Bestimmung entfremdet ist, sind vergänglich, sei es — wie die Fremdhypothek — nach Form und Inhaber des Rechts, sei es — wie die Eigentümerhypothek — in der ersteren oder — wie die Fremdgrundschuld — in der letzteren Hinsicht. Aus diesen vergänglichen Gestaltungen entwickelt sich das Grundpfandrecht kraft Gesetzes unter Verwandlung und Übergang oder auf Grund eines dieser, dem Liegenschaftsrecht

[49]) Heck S. 350 spricht deshalb von einer „Schattenfunktion" der Eigentümergrundschuld.

[50]) s. hierzu auch die im wesentlichen zutreffenden Ausführungen bei Lange S. 29—32, dem Horn S. 103 vergeblich entgegentritt.

sonst fremden, Rechtsvorgänge zur bestimmungsgemäßen Endgestaltung.[51])

Dem Grundpfandrecht, solange es nicht als Eigentümergrundschuld auftritt, ist damit stillschweigend um des vom Gesetz verfolgten besonderen Planes willen eine einzigartige Eigenschaft beigelegt: Die Fähigkeit, sich ohne ein auf Übertragung oder Umwandlung gerichtetes Rechtsgeschäft aus jeder anderen Gestaltung, ggf. unter Wechsel der Rechtsform und des Rechtsinhabers, entsprechend der ihm gewordenen Bestimmung zur Grundschuld des Eigentümers zu entwickeln. Diese Entwicklungsfähigkeit ist dem Grundpfandrecht wesenseigen, sobald und solange es in seinen vergänglichen Gestaltungen auftritt und insoweit unabdingbar. In ihrer Stärke veränderlich, je nachdem, ob das Recht wenigstens schon die ständige Form hat oder dem ständigen Inhaber zusteht, oder ob es nach beiden Richtungen von der endgültigen Gestaltung abweicht, endet sie völlig nur mit dem Untergange des Rechtes[52]) sowie mit Erreichung der bestimmungsgemäßen Gestalt, mag diese im Wege der vorgesehenen gesetzmäßigen Entwicklung oder durch Rechtsgeschäft herbeigeführt werden.

Diese besondere Eigenart des Grundpfandrechts hat, soweit hierdurch ein Überwechseln vom einstweiligen Fremdberechtigten zum nachträglichen Inhaber, dem Eigentümer, hervorgerufen wird, ein ähnliches Spannungsverhältnis zur Folge, wie es bei einer aufschiebend bedingten Rechtsübertragung gemäß § 158 BGB geschaffen wird. Der einstweilige Grundpfandberechtigte hätte es, falls für ihn das Gleiche gelten würde wie für den Inhaber eines sonstigen Liegenschaftsrechts,

---

[51]) Wenn RGZ 72, 274 ff. (277), 145, 343 ff. (353) unter Zustimmung des KG in KGJ 45, A 268 ff. (270) ausführen, daß nicht jede Bestellung einer Fremdhypothek zugleich die Bestellung einer Eigentümergrundschuld enthalte, so handelt es sich hierbei lediglich um die Bekämpfung einer in Prot 3, S. 603 erörterten Auffassung, die die wirksam begründete Fremdhypothek als Belastung einer gleichzeitig kraft Gesetzes entstandenen Eigentümerschuld bezeichnete. Ein solches Nebeneinander einer Gläubigerhypothek, die eine Eigentümergrundschuld belastet, entspricht, wie in der ersteren Entscheidung des RG richtig betont wird, dem geltenden Recht des BGB nicht. – Anders liegt es in der Frage des Nacheinander dieser Gestaltungen eines einheitlichen Grundpfandrechts, die vom Gesetz im Sinne der hier vertretenen Auffassung gelöst ist.

[52]) Durch Aufhebung (§ 1183 BGB), Befriedigung aus dem Grundstück (§ 1181 BGB), Zuschlag, soweit das Recht nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleibt (§§ 91, 52 ZVG), Buchversitzung (§ 901 BGB), Enteignung, Untergang des Haftungsgegenstandes, Grundstückserwerb durch einen Erwerber, der den Bestand des zu Unrecht gelöschten Grundpfandrechts nicht kennt (§ 892 BGB); besondere Untergangsgründe: §§ 1173, 1174, 1175, 1178 BGB.

in der Hand, entsprechend §§ 875, 880 BGB durch eigenmächtige Rechtsaufgabe oder durch Rangrücktritt die auf der Eigentümerstellung beruhende Erwerbsaussicht zu vernichten oder zu beeinträchtigen. Dem beugt das Gesetz vor, indem es dem Grundpfandberechtigten schlechthin solche Verfügungen aus eigener Macht versagt und durch Sondervorschriften (§§ 1183, 880 Abs. 2 S. 2 BGB) die Zustimmung des Eigentümers hierzu erfordert. Der einstweilige — fremde[53]) — Rechtsinhaber ist demgemäß zu Einwirkungen auf den Bestand des Rechts nur im Wege der Pfandverwertung befugt, im übrigen aber durch die rechtlich stark geschützte Anwartschaft des Eigentümers in gewissem Sinne weitergehend beschränkt als der einstweilige Berechtigte bei aufschiebend bedingter Rechtsübertragung (§ 158 BGB). Dieser kann während des Schwebezustandes ohne Rücksicht auf die Anwartschaft selbst diese beeinträchtigende Verfügungen vornehmen, die allerdings bei Bedingungseintritt dem Rechtserwerber gegenüber unwirksam sind (§ 161 BGB). Jenem ist die rechtliche Möglichkeit, ohne Zustimmung des Anwärters derart zu verfügen, schlechthin genommen. Selbst dort, wo ihm vom Gesetz die Möglichkeit einer solchen Beeinträchtigung zugebilligt werden mußte (§ 1181 BGB), kann der Eigentümer den Eingriff des einstweiligen Berechtigten durch Ausübung des Lösungsrechtes (§§ 1142, 1143 BGB) abwehren.

Unter Berücksichtigung der dargestellten wesentlichen Grundsätze der Grundpfandrechtsordnung stellt sich das für die vorliegende Untersuchung ausschlaggebende Verhältnis der Gestaltungen Eigentümergrundschuld und Fremdhypothek im vorbestimmten r e g e l m ä ß i g e n Entwicklungsgange des Rechts wie folgt dar:[54])

Die Fremdhypothek, deren Schaffung bereits gesteigerte Anforderungen stellt, ist die nach Rechtsform und Rechtsinhaberschaft bestimmungswidrige und deshalb nach beiden Richtungen einstweilige Rechtsgestaltung. Das so gestaltete Grundpfandrecht ist fähig, sich unter Verwandlung und Übergang zur Eigentümergrundschuld zu entwickeln, die sich sowohl

[53]) Für den Eigentümer als Rechtsinhaber gilt praktisch wegen seiner doppelten Rechtsstellung diese Beschränkung nicht.

[54]) Anders gestaltet sich allerdings, was der Hervorhebung bedarf, das Verhältnis der Eigentümergrundschuld zur gegensätzlichen Gestaltung der Fremdhypothek im wirklichen Rechtsleben. Die letztere als die vom Rechtsverkehr bevorzugte Gestaltung hat dort eine überragende Bedeutung gegenüber der ersteren, deren Entstehung regelmäßig nicht auf besondere Rechtsbegründung, sondern auf die zwingende gesetzliche Regelung zurückzuführen ist.

in ihren erleichterten Entstehungsvoraussetzungen wie in ihrer Eigenschaft als Endziel im Entwicklungsgange als bestimmungsgemäße und dementsprechend endgültige Grundpfandrechtsgestaltung erweist. — Die einer Entwicklung fähige, d. h. in ihrer Gestalt vergängliche, Fremdhypothek führt im Gegensatz zur Eigentümergrundschuld ein Spannungsverhältnis zwischen anfänglichem und nachträglichem Inhaber herbei, das vom Gesetz im Sinne einer wesentlichen Beschränkung des einstweiligen Grundpfandberechtigten gelöst ist.

b) Die vorläufige Eigentümergrundschuld als besondere — der Fremdhypothek vergleichbare — Grundpfandrechtsgestaltung.

Im Rahmen der allgemein für das Verhältnis der Eigentümergrundschuld gegenüber der Fremdhypothek geltenden Grundsätze hat das Auftreten von Eigentümergrundschulden bei tatbestandsmäßig noch nicht voll abgeschlossener Bestellung einer Fremdhypothek zunächst nichts Befremdliches an sich. Wenn also mangels einer bei Rechtsbestellung vollgültigen Hypothekenforderung oder mangels erfolgter Briefübertragung auf den Begünstigten den Erfordernissen der §§ 1113, 1117 BGB nicht entsprochen ist, muß vielmehr gerade nach der dem Grundpfandrecht maßgebenden Bestimmung, wenn überhaupt ein Recht, dann eine Eigentümergrundschuld entstehen (§§ 1163 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB). Daß eine solche Eigentümergrundschuld auch dort, wo die Forderung noch nicht entstanden (§ 1113 Abs. 2 BGB), der Brief noch nicht übertragen ist, ein echtes Eigentümerpfandrecht in der Rechtsform des § 1191 BGB — lediglich mit der Beschränkung des § 1197 BGB — ist, kann unter diesen Umständen nicht gut bezweifelt werden.[55]) Deshalb ist die neuerdings von Lent vertretene Ansicht, die gemäß §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB zunächst entstehende Eigentümergrundschuld sei ein Recht „besonderer Art", welches vom BGB gar nicht geregelt worden sei,[56]) ein bloßer „Reflex der Hypothek", d. h. ein Recht, das zur eigentlichen Eigentümergrundschuld erst „umgewandelt" werden müsse[57]) und zumal in seiner Übertragung den Vorschriften der §§ 1192 Abs. 1, 1154 BGB ent-

[55]) RGJW 1937, 615 nennt die vorläufige Eigentümergrundschuld also mit Recht ein „bereits wirksam entstandenes Grund(stücks)pfandrecht".

[56]) DNotZ S. 724.

[57]) AkadZ S. 39 u. 40.

zogen sei,[58]) so willkürlich und mit dem Gesetz offenbar unvereinbar, daß sie einer besonderen Widerlegung nicht bedarf.[59])

Auch die „vorläufige" Eigentümergrundschuld, wiewohl vom Gesetz in keiner Weise ausgezeichnet oder gar besonders geregelt, ist als eine (wenn auch nur beiläufige) Schöpfung der Grundpfandrechtsordnung des BGB unzweifelhaft ein Liegenschaftspfandrecht i. S. der §§ 1191, (1196), 1192 Abs. 1 BGB, das entsprechend der letzteren Vorschrift in dem für die Grundschuld vorgeschriebenen Ausmaße den Bestimmungen der §§ 1113 ff. BGB folgt. Ihre einzige, allerdings zumal für den Rechtsverkehr außerordentlich bedeutsame Besonderheit liegt darin, daß sie — sonst endgültige Rechtsgestaltung schlechthin — vorläufig, d. h. vergänglich ist, geeignet und bestimmt, zur Fremdhypothek zu werden, sobald das letzte noch ausstehende Tatbestandsstück i. S. der §§ 1113, 1117 BGB hinzutritt.[60]) Hiermit nämlich setzt sich die vorläufige Eigentümergrundschuld in Widerspruch zu der dem Grundpfandrecht auferlegten Bestimmung und wird deshalb von Bourier,[61]) der allerdings hieraus unzutreffende Schlüsse zieht, mit Grund als „systemwidriges Rechtsgebilde" angesprochen.

Danach eine besondere Grundpfandrechtsgestaltung weist die vorläufige Eigentümergrundschuld andererseits gerade in ihrer Eigenart als Entwicklungsstufe zur entgegengesetzten Gestaltung eine bemerkenswerte Übereinstimmung mit der schlechthin vergänglichen Gestaltung der Fremdhypothek auf, mit der sie nicht bloß einen — allerdings entgegengesetzten — Entwicklungsgang, sondern zugleich das Spannungsverhältnis zwischen einem anfänglichen und einem nachträglichen Grundpfandberechtigten gemeinsam hat.

Bedenkt man, daß die Rechtsgestaltung der Fremdhypothek mit ihren wenigstens im Grunde gleichartigen Problemen eine gesetzliche Regelung als voll entwicklungsfähiges Grundpfandrecht gefunden hat, so wird die ausschlaggebende Bedeutung einer insoweit zwischen ihr und der vorläufigen Eigentümergrundschuld bestehenden Übereinstimmung für die weitere Untersuchung offenbar.

---

[58]) DNotZ S. 724 u. 725.

[59]) vgl. auch gegen Lent: Weber S. 69 f., Soltau S. 75.

[60]) Eine entsprechende Rechtsgestaltung ist übrigens das als Entwicklungsstufe der Fremdgrundschuld (entsprechend §§ 1191, 1192 Abs. 1, 1117, 1163 Abs. 2 BGB) entstehende Eigentümerpfandrecht.

[61]) S. 525.

§ 3 II. Die Vorläufigkeit als rechtliche Eigenart und die ursprüngliche Rechtslage im Sinne der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB.

a) Die Vorläufigkeit als rechtliche Eigenart.

Die gemäß §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB auftretende Eigentümergrundschuld (der Tatbestand der §§ 1117, 1163 Abs. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet aus der Betrachtung aus) zeichnet sich aus und unterscheidet sich hierin wesentlich von der Eigentümergrundschuld schlechthin durch das rechtliche Merkmal der Vorläufigkeit. Damit wird es erforderlich, die Bedeutung und die Grenzen dieser rechtlichen Eigenart eindeutig zu bestimmen.

1. Rechtsbedeutung der Vorläufigkeit.

Die Vorläufigkeit als rechtliche Eigenart, derzufolge das Grundpfandrecht unter Verwandlung und Übergang zur Fremdhypothek werden kann, sobald nachträglich die Hypothekenforderung entsteht, ist in ihrer Bedeutung verständlich und bestimmbar nur für den, der sie als Gegenstück der dem Grundptandrecht innewohnenden Fähigkeit zur bestimmungsgemäßen Entwicklung erkennt. Ein Versuch, die Vorläufigkeit nach anderen Gesichtspunkten zu umschreiben, kann sich, da er nicht der besonderen Eigenart gerade des Grundpfandrechts Rechnung trägt, einzig in der Feststellung äußerlich ähnlicher Rechtslagen und -vorgänge erschöpfen, trifft aber nicht den Kern der Sache. Dies gilt zumal für alle Versuche, die Besonderheit der hier gegebenen Rechtslage und zumal die Bedeutung des Merkmals der Vorläufigkeit aus dem Gesichtspunkt einer irgendwie gearteten rechtlichen Bedingtheit zu entwickeln und zu klären.

Selbst wenn man ganz davon absieht, bei der Erörterung der hier vertretenen Ansichten die sehr umstrittene Frage nach dem dogmatischen Wert des Begriffes „Rechtsbedingung“ [1]) aufzuwerfen, ergibt sich die Unfruchtbarkeit solcher Erklärungsversuche im einzelnen aus nachstehenden Erwägungen:

Die in der höchstrichterlichen Rechtssprechung entwickelte Rechtsansicht, die Vorläufigkeit der Eigentümergrundschuld sei nichts als eine auflösende (gesetzliche) Bedingtheit im Rechts-

[1]) den z. B. Staudinger (10) Vorbem. 13 vor §§ 158 ff. BGB und Planck (4) Anm. 8b zu § 158 BGB völlig in Abrede stellen.

bestande,[2]) begegnet schwersten Bedenken schon um deswillen, weil noch nicht einmal äußerlich gesehen in Rechtsbegründung oder rechtlicher Auswirkung irgendeine wesentlichere Übereinstimmung zwischen vorläufigem und auflösend bedingtem Grundpfandrecht herrscht. — Im Falle einer echten auflösend bedingten (§ 158 BGB) Rechtsbestellung beabsichtigen die Parteien die Schaffung eines Grundpfandrechts, sehen aber gleichzeitig vor, daß mit Eintritt eines bestimmten Ereignisses der vor Rechtsbegründung vorhandene Rechtszustand wiederhergestellt wird. Demgemäß entsteht eine derart bedingt bestellte Eigentümergrundschuld, um im Bedingungsfalle ohne weiteres zu erlöschen (§ 158 Abs. 2 BGB). Im Tatbestande der Rechtsbestellung gemäß § 1113 Abs. 2 BGB wollen die Rechtsbegründenden eine unbedingte Fremdhypothek schaffen. Statt dessen entsteht gemäß §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB eine Eigentümergrundschuld, ein Grundpfandrecht also, das mit Entstehung der Hypothekenforderung, d. h. im „Bedingungsfalle", nicht untergeht,[3]) sondern unter Wechsel von Rechtsform und -inhaber zur Fremdhypothek wird.

Um dieser weitgehenden Verschiedenheit willen entbehrt die rechtliche Gleichsetzung von Vorläufigkeit und auflösender Rechtsbedingtheit, so wie sie in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zugrunde gelegt und vom Schrifttum[4]) großenteils widerspruchslos hingenommen, wenn nicht sogar übernommen wird, jeglicher selbst auch nur äußerer Berechtigung.[5])

Glücklicher als gerade diese vergleichende Zusammenstellung ist — bei ähnlicher Grundauffassung — der von Lent[6]) angestellte Vergleich zwischen dem vorliegend behandelten und dem Rechtszustande, wie er sich bei einer aufschiebend bedingten Übereignung ergibt. Vervollkommnet man den hier zugrunde liegenden Gedanken einer Rechtsübertragung

[2]) RGZ 75, 245 ff. (251); 120, 110 ff. (112); 125, 133 ff. (136); RGJW 1937, 615; KGJ 45, A 286 ff. (290); 49, A 224 ff. (225); diese Rechtsauffassung wird allerdings bemerkenswerterweise in RGZ 77, 106 ff. (108, 109) für den gleichartigen Tatbestand der §§ 1192, 1163 Abs. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB nicht vertreten.

[3]) ebensowenig wie die Fremdhypothek, wenn sie (etwa gemäß §§ 1168, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB) zur Eigentümergrundschuld wird.

[4]) RGRKomm Anm. 7 zu § 1113 BGB, Staudinger (10) Anm. 13 zu § 1113 BGB, wenigstens im Ergebnis auch Planck (4) Anm. 3c zu § 1163 BGB; ferner Oertmann Rechtsbedingung S. 190, Lent AkadZ S. 38, DNotZ S. 723, Recke 1936, S. 3221, Obermair DNotZ S. 662, Schmidt-Ernsthausen S. 669, Weber S. 69.

[5]) wie hier Ackermann S. 347, 348 gegen seine eigene frühere Ansicht (S. 244); vgl. auch die insoweit zutreffenden Bemerkungen von Bourier S. 526.

[6]) AkadZ S. 38.

im Sinne möglichster Angleichung, so gelangt man schließlich zu einer Gegenüberstellung des hier behandelten Entwicklungszustandes zu einer Rechtslage, wie sie bei aufschiebend bedingter Abtretung und Umwandlung einer — unbedingt bestehenden — Grundschuld des Eigentümers verwirklicht wird.

Eine aufschiebend bedingt abgetretene und umgewandelte Eigentümergrundschuld hat immerhin, und damit wird endlich eine Vergleichsgrundlage geschaffen, mit dem vorläufigen Rechte den Geschehensablauf, die Umgestaltung zur Fremdhypothek, gemeinsam. — Trotz der insoweit nicht zu leugnenden Gleichartigkeit beider Tatbestände ist man indessen der Lösung der Grundfrage nach dem Sinne der Vorläufigkeit auch hiermit nicht näher gekommen. Dies ergibt die nachfolgende Überlegung:

Im ersteren Falle einer aufschiebend bedingten Abtretung und Umwandlung ist das zum Gegenstande der Verfügung gemachte Grundpfandrecht eine gewöhnliche — d. h. entwicklungsunfähige, endgültige — Eigentümergrundschuld. Der einstweilige Schwebezustand, in den sie versetzt worden ist, ist eine Folge des besonders gestalteten Rechtsgeschäfts; wenn sie ohne ein weiteres rechtsgeschäftliches Eingreifen zur Fremdhypothek wird, so nur wegen des nachträglichen Wirksamwerdens der Verfügung, d. h. im Rahmen einer Übertragung — nicht eines Überganges, einer Umwandlung — nicht einer Verwandlung.[7]) — Anders liegt es bei dem vorläufigen Recht. Hier erklärt sich der äußerlich gleiche Vorgang nicht aus einer vergleichbaren Verfügung, die Eigentümergrundschuld ist vielmehr aus sich heraus bereit, überzugehen und sich zu verwandeln, sich also zur Fremdhypothek zu entwickeln.

Mit der Verschiedenartigkeit beider Vergleichstatbestände ist zugleich die Wertlosigkeit selbst dieser, zunächst scheinbar befriedigenden, Gegenüberstellung dargetan.

Im Falle des vorläufigen Rechts, bei Verwirklichung des Tatbestandes der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB fehlt es überhaupt an einer (zunächst nicht voll wirksamen) Abtretungs- und Umwandlungsverfügung, die man wegen Ausstehens einer nachholbaren Wirksamkeitsvoraussetzung etwa im Sinne Oertmanns[8]) als rechtlich aufschiebend bedingt ansprechen und behandeln könnte. Mangels

[7]) Die zunächst beschränkte Geschäftswirkung ist es also, die sich kraft Gesetzes vervollkommnet, die gesicherte Anwartschaft auf Erwerb des Rechts, nicht das Recht selbst, vermag sich zu „entwickeln".

[8]) Rechtsbedingung S. 28 und Komm (3) Vorbem. 5c u. 6c β vor §§ 104 ff. BGB.

einer solchen Verfügung darf also auch die vorläufige Eigentümergrundschuld nicht als rechtlich aufschiebend bedingt übertragenes und umgewandeltes Grundpfandrecht bezeichnet werden.

Abgesehen vom Fehlen dieser äußeren tatbestandsmäßigen Voraussetzung ergibt sich auch die innere Grundlosigkeit einer Gleichsetzung des bedingt übertragenen und umgewandelten Rechts einerseits, der vorläufigen Eigentümergrundschuld andererseits aus der Tatsache, daß es sich im ersteren Falle um eine regelrechte endgültige, im letzteren Falle dagegen um eine besonders geartete, weil aus sich heraus zur Verwandlung und zum Übergang bestimmte und geeignete Pfandrechtsgestaltung handelt.

Danach bleibt also lediglich der hier eingeschlagene Weg, die Vorläufigkeit der Eigentümergrundschuld, die aus dem Gesichtspunkt einer Rechtsbedingtheit nicht erfaßt werden konnte, als gleichartiges Gegenstück der - sonst bei der Fremdhypothek allein feststellbaren — vollen Entwicklungsfähigkeit des Grundpfandrechts zu bestimmen. Die Zwanglosigkeit wie die inhaltliche Berechtigung einer derartigen Deutung ergibt die nachstehende Erwägung:

Beide rechtlichen Tatbestände, mag es sich um die Fremdhypothek handeln, die zur Eigentümergrundschuld zu werden vermag, oder um die vorläufige Eigentümergrundschuld der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB, beruhen gleichermaßen auf der gesetzlichen Ausgestaltung des Grundpfandrechts, werden also mit vollem Recht in Vergleich gesetzt. In beiden Fällen ist das dingliche Recht aus sich heraus, d. h. ohne eine darauf abzielende Verfügung, einer Verwandlung und eines Überganges, also einer Entwicklung fähig, die sich je nachdem mit dem Entfallen oder der Entstehung der besonderen Fremdhypothek-Voraussetzungen — Verknüpfung des dinglichen Rechts mit einer zu sichernden Forderung — vollzieht.

Ein Unterschied in den Auswirkungen ist lediglich insofern gegeben, als die auf der allgemeinen grundpfandrechtlichen Entwicklungsfähigkeit beruhende selbsttätige Umgestaltung, die zur Eigentümergrundschuld führt, einen regelmäßigen, zwingender gesetzlicher Grundbestimmung entsprechenden, unvermeidlichen Rechtsvorgang darstellt, wahrend der in der Vorläufigkeit begründete Geschehensablauf, der von der Eigentümergrundschuld ausgeht, eine Ausnahmeerscheinung darstellt, die vom Gesetz in Anerkennung eines Verkehrsbedürfnisses für

den Fall der Rechtsbestellung zugunsten einer noch nicht entstandenen Hypothekenforderung nur eben zugelassen wird.

Läßt man diesen Unterschied, der, obwohl rechtlich keineswegs bedeutungslos, an der sachlichen Gleichartigkeit der regelmäßigen Entwicklungsfähigkeit und der Vorläufigkeit nichts ändert, einstweilen beiseite, so ergibt sich bei Zugrundelegung der hier vertretenen Auffassung nachstehende Folgerung. Die Vorläufigkeit des dinglichen Rechtes, das i. S. der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB als Eigentümergrundschuld zur Entwicklungsstufe der (gleichfalls vergänglichen) Gestaltung der Fremdhypothek vorgesehen ist, bedeutet:

Dem Grundpfandrecht ist ausnahmsweise in seiner sonst endgültigen Gestalt, als Eigentümergrundschuld, die Fähigkeit verliehen, bei nachträglicher Entstehung der vorgesehenen Hypothekenforderung die Rechtsform der Grundschuld mit der der Hypothek zu vertauschen, sich zu verwandeln, und zugleich als nunmehr einstweilen angelehntes Sicherungsrecht aus der Hand des Eigentümers auf den Gläubiger der Forderung überzugehen, d. h. den Inhaber zu wechseln, sich also zur Hypothek des nachmaligen — regelmäßig fremden Gläubigers zu entwickeln.

Für den Fortbestand dieser, dem Grundpfandrecht ausnahmsweise verliehenen Vorläufigkeit müssen bei der wesentlichen Gleichartigkeit beider Eigenschaften im allgemeinen entsprechende Grundsätze gelten, wie sie für die Entwicklungsfähigkeit bei der Fremdhypothek maßgeblich sind. Hierbei wird jedoch der bereits hervorgehobene und genügend gekennzeichnete Ausnahmecharakter der ersteren Eigenschaft notwendig zu gewissen Einschränkungen führen.

2. Grenzen der Vorläufigkeit.

Die Vergänglichkeit der Fremdhypothek nach Rechtsform und Inhaberstellung erklärte sich aus der dem Grundpfandrecht schlechthin gesetzten Bestimmung. Die Fähigkeit des so gestalteten Rechtes, sich endgültig zur Eigentümergrundschuld zu entwickeln, ging als eine an keinerlei besondere Voraussetzungen gebundene Eigenschaft — in vollem Umfange nur dann verloren, wenn es zum Untergange des Rechtes selbst oder zur Erreichung der vorgesehenen Endgestaltung, sei es kraft Rechtgeschäftes, sei es im Wege gesetzmäßiger Entwicklung, kam.

Daß aus den gleichen Gründen auch die regelwidrige Eigenart der Vorläufigkeit entfallen muß, bedarf keiner weiteren Darlegung. Darüber hinaus aber ist folgendes zu erwägen:

α) Die noch nicht entstandene Forderung als Voraussetzung fortdauernder Vorläufigkeit.

Das zunächst als Eigentümergrundschuld ins Leben tretende — vorläufige Grundpfandrecht verdankt seine Eigenart lediglich der durch § 1113 Abs. 2 BGB ausdrücklich zugelassenen Verknüpfung mit einer aufschiebend bedingten oder künftigen Hypothekenforderung, die mit ihrer Entstehung nachträglich die Rechtsform und die Inhaberschaft am dinglichen Rechte neu bestimmen soll; die Rechtsbestellung für eine nicht entstandene Forderung schlechthin würde zu einer regelmäßigen endgültigen Eigentümergrundschuld führen. Ausschlaggebendes Merkmal und darüber hinaus notwendige Voraussetzung fortdauernder Vorläufigkeit ist also der Umstand, daß die mit dem dinglichen Recht zulässigerweise vorweg verknüpfte — einstweilen nicht bestehende — Hypothekenforderung auch weiterhin eine „noch nicht entstandene" Forderung bleibt; soll doch ihre Entstehung die Entwicklung des Grundpfandrechtes zur Hypothek des Gläubigers auslösen. In diesem Zusammenhange gewinnt die in Aussicht genommene, nachträglich entstehende Hypothekenforderung eine gleich wesentliche Bedeutung wie die bestehende und nachträglich untergehende Hypothekenforderung für das regelmäßige Grundpfandrecht i. S. der §§ 1113, 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB. Während aber die Möglichkeit des Unterganges der gesicherten Forderung (und damit die bestimmungsgemäße Rechtsentwicklung) nicht ausgeschlossen werden kann,[9]) ist die zur Entwicklung des vorläufigen Rechts führende Entstehung einer erst noch zu begründenden Forderung, eines aufschiebend bedingten Anspruches etwas durchaus Ungewisses. So kann insbesondere die Bedingung ausfallen, künftiger Glaubiger und künftiger Schuldner können von der Begründung der gedachten schuldrechtlichen Beziehung Abstand nehmen. Kommt es aber hierzu, so liegen die Dinge rechtlich nunmehr nicht anders als im Falle der Rechtsbestellung für eine von vornherein nichtige Hypothekenforderung. Es muß demgemäß die Vorläufigkeit, die dem Grundpfandrecht nur unter der besonderen Voraussetzung des § 1113 Abs. 2 BGB als außerordentliche Eigenschaft verliehen ist, im gleichen Zeitpunkt entfallen, in dem feststeht, daß die bislang noch nicht entstandene Forderung nicht mehr entstehen wird.[10]) Das als vorläufige Eigentümergrundschuld entstandene Grundpfandrecht wird damit zur regelmäßigen Rechtsgestaltung.

[9]) überdies auch noch weitere, die Entwicklung zur Eigentümergrundschuld nach sich ziehende Tatbestände vorgesehen sind.

[10]) ebenso Recke 1936 S. 3221 u. 1937 S. 81, Ehrenforth S. 3220, RGJW 1937, 615 in Zusammenfassung der von der Rechtsprechung entwickelten Ergebnisse.

β) Das Grundbuch als unvollkommenes Auskunftsmittel · ein Erfordernis für die Fortdauer der Vorläufigkeit.

Der im Vorangegangenen festgestellte besondere Endigungsgrund der Vorläufigkeit, der allein schon diese als eine — der regelmäßigen Entwicklungsfähigkeit gegenüber — schwächere, hinfälligere Eigenschaft des Grundpfandrechts zeigt, war die zwangsläufige Folge ihrer inneren Abhängigkeit von der Aussicht der Forderungsentstehung, entsprach sachlich also voll und ganz der im § 1113 Abs. 2 BGB zugelassenen Verknüpfung von dinglichem Recht und noch nicht entstandener Hypothekenforderung. Weitere entsprechende Einschränkungen können sich lediglich aus den äußeren Begleitumständen einer derartigen Rechtsbestellung, mit anderen Worten lediglich daraus ergeben, daß das vorläufige Recht auf Grund einer rechtsbegründenden Eintragung im Grundbuche in Erscheinung tritt.[11])

Betrachtet man unter diesem Gesichtswinkel die Umstände, unter denen das Gesetz in § 1113 Abs. 2 BGB dem vorläufigen Recht das Grundbuch eröffnet, so verdient die Tatsache Beachtung, daß das zunächst als Eigentümergrundschuld entwicklungsfähige Grundpfandrecht nicht in seiner wahren Gestalt zur Eintragung gelangt, noch weniger also seine Besonderheit unzweideutig kundgibt, sondern sich unter der Hülle einer Fremdhypothek gleichen Inhaltes, Umfanges und Ranges verbirgt. Es wird eine Buchunrichtigkeit bewußt zugelassen um der Aussicht willen, daß eine erwartungsgemäße sachlich-rechtliche Fortentwicklung des Ausgangstatbestandes die Unstimmigkeit zwischen Buchstand und wahrer Rechtslage beheben soll.

Die Buchunrichtigkeit, wie sie entsprechend §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB von Anbeginn auftritt,[12]) erstreckt sich auf die Form und den Inhaber des nach Rang, Umfang und Inhalt richtig eingetragenen vorläufigen Rechtes, äußert jedoch eine zumal für den hier betrachteten vorläufigen Rechtszustand wesentliche Wirkung nur in der letzteren der beiden Beziehungen.

[11]) Die vom Reichsgericht besonders in RGZ 75, 245 ff. (251); 97, 223 ff. (227) gebrauchte Wendung, das vorläufige Recht sei nicht eintragungsfähig, ist in dieser Form unzutreffend, will aber in Wahrheit — wie besonders RGZ 120, 110 ff. (112, 114) klar erkennen läßt — auch nur besagen, daß dieses Recht nicht in seiner wahren Gestalt durch Eintragung im Grundbuch ersichtlich gemacht werden „solle".

[12]) Sie spiegelt sich übrigens notwendig auch in einem etwa erteilten „Hypotheken"brief wieder, der ein gleich irreführendes Bild über das in ihm verkörperte dingliche Recht gibt wie die Grundbucheintragung. Gegen unzutreffende Folgerungen, die Lent DNotZ S. 725 f. zieht, vgl. Weber S. 69 ff., Soltau S. 73 ff., wo dargelegt ist, daß auch der unrichtige Brief seine volle Rechtsbedeutung für das dingliche Recht hat.

Soweit nämlich die Unrichtigkeit des Grundbuches einzig darin besteht, daß dem dargestellten Recht entgegen der wahren Rechtslage die Rechtsform einer Hypothek zugesprochen wird, ergibt sich die völlige Bedeutungslosigkeit eines solchen Gegensatzes zwischen Buchdarstellung und Rechtswirklichkeit zwanglos aus den nachfolgenden Erwägungen.

Nach dem Sinn und Zweck eines Grundbuches, das lediglich dingliche Rechtsverhältnisse offenlegen, dagegen nichts über schuldrechtliche Beziehungen aussagen soll, gibt auch die ein Grundpfandrecht als Hypothek, d. h. als begrenzt angelehntes Recht in der Form des § 1113 BGB ausweisende Buchеintragung lediglich den Bestand der dinglichen Grundstücksbelastung kund, ohne sich zugleich (trotz § 1113 BGB) über das Vorhandensein der gesicherten Forderung und damit weiterhin über die Unterwerfung des dinglichen Rechts unter einen Sicherungszweck verbindlich zu äußern.

Unter diesen Umständen ist aber auch in der Bezeichnung Hypothek, die dem Grundpfandrecht im Buche voraussetzungslos zugebilligt wird, nicht etwa eine zuverlässige oder gar maßgebliche Angabe über die diesem Rechte wirklich zukommende Rechtsform zu erblicken. Die Buchdarstellung gibt vielmehr unter der durchaus unverbindlichen Rechtsformbezeichnung in Wahrheit ein Grundpfandrecht wieder, das unter entsprechenden — vom Buch als liegenschaftsrechtlich gleichgültig nicht dargestellten — Voraussetzungen wohl der Rechtsform der Hypothek tatsächlich unterliegen mag, ebensogut aber auch bei Fehlen der Voraussetzungen ein selbständiges Liegenschaftsrecht in der Form der Grundschuld sein kann, beschränkt sich mithin bewußt auf die maßgebliche Beschreibung eines im Bestande immer selbständigen und, gleichgültig ob als Hypothek oder Grundschuld, immer dieselben Befugnisse vermittelnden dinglichen Verwertungsrechtes schlechthin.

Wenn also im Einzelfalle das Recht entgegen der insoweit unverbindlichen Buchbeschreibung nicht der ihm dort beigelegten Bezeichnung Hypothek entspricht, sondern der Rechtsform der Grundschuld unterliegt, so handelt es sich hier nicht um eine Buchunrichtigkeit im eigentlichen Sinne, sondern um eine rechtlich bedeutungslose Ungenauigkeit der im wesentlichen (dinglich) richtigen Buchdarstellung. Dies bestätigt denn auch bei richtiger Auslegung die bloß in der Fassung mißverständliche Bestimmung des § 1138 BGB sachlich einwandfrei, indem sie z. B. dem redlichen Erwerber eines zu Unrecht als Hypothek bezeichneten, weil mangels Forderung nicht angelehnten Rechtes eben nur das allein verbindlich dargestellte schlichte dingliche

Recht, (bei richtiger Auffassung) also eine Grundschuld zuweist, ohne der unverbindlichen Rechtsformbezeichnung „Hypothek", deren Unrichtigkeit übrigens auch den redlichen Erwerb überdauert, sachlich-rechtlich irgendwie Rechnung zu tragen.

Damit erweist sich aber zweifelsfrei die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung, nach der eine lediglich in der Rechtsformbezeichnung Hypothek unzutreffende als im wesentlichen richtige Grundpfandrechtsdarstellung zu betrachten ist, deren einzige Ungenauigkeit jedenfalls für die von einem Grundbuch allein klarzustellende dingliche Rechtslage ohne Bedeutung ist.[13])

Darf man danach die unzutreffende Angabe der Hypothek- statt der Grundschuldform als eine so gut wie belanglose bloße Ungenauigkeit der (Grundpfandrechts-)Darstellung werten, so kommt andererseits der Unrichtigkeit der Bucheintragung eine um so einschneidendere Auswirkung insofern zu, als der in der Eintragung als solcher Benannte in Wahrheit nicht der Grundpfandberechtigte ist. Hierdurch wird nämlich insbesondere der gültige Erwerb einer dinglichen Rechtsstellung am vorläufigen Grundpfandrecht, gestützt auf die Legitimation des Verfügenden und damit in formellem Einklang mit der Buchdarstellung, ausgeschlossen, und zwar

1. aus der Hand des wahren Berechtigten, solange nicht im Wege nachträglicher Tatbestandsveränderung die Buchlegitimation[14]) mit der Rechtsinhaberschaft zusammentrifft, sich mit ihr deckt,
2. aus der Hand des zu Unrecht Eingetragenen, solange nicht im Wege nachträglicher Tatbestandsveränderung die besonderen Voraussetzungen eines gültigen Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten verwirklicht werden.

Soweit aber (wie unter den angegebenen Umständen hier zunächst) die Möglichkeit ordnungsmäßigen und die Voraussetzung außerordentlichen Erwerbes am vorläufigen Rechte, d. h. eines

[13]) So muß, wer vom eingetragenen wahren Berechtigten ein Grundpfandrecht erwirbt, mag ihm auch entsprechend der insoweit unzutreffenden Eintragung eine angebliche Hypothek (samt gleichfalls angeblicher Forderung) abgetreten sein, gemäß § 140 BGB wenigstens eine Grundschuld erhalten, also ebenso gestellt werden, wie wenn das Grundbuch zutreffend eine Grundschuld ausgewiesen hätte. Der Mangel einer gültigen „Hypothekenforderung" könnte ihm vom Eigentümer ebensowenig entgegengehalten werden wie dem Erwerber im Tatbestande des § 1138 BGB.

[14]) Dieser steht beim Briefrecht die auf eine solche Eintragung zurückführende Legitimation aus § 1155 BGB gleich. Dieser Tatbestand ist, wenn nachstehend von legitimierender Buchstellung die Rede ist, stillschweigend mitumfaßt.

Erwerbs, der sich im Einklang mit der formellen Darstellung des Buches hält, nicht gegeben sind, ist weiterhin — und diese Folge sei besonders betont — dem Grundbuch, das den wahren Berechtigten nicht ausweist, auch die ihm sonst notwendig innewohnende rechtliche Bedeutung eines vollkommenen maßgeblichen Auskunftsmittels über das verzeichnete Grundpfandrecht nicht zu eigen, seine Beschreibung des vorläufigen Rechtes ist nur in beschränktem Umfange als rechtsverbindliche Darstellung beachtlich.

Von Anfang an verbindlich sind die Angaben über den Umfang, den Rang und im wesentlichen auch den Inhalt des — trotz unzutreffender Bezeichnung als Hypothek — im Ergebnis richtig als Grundpfandrecht charakterisierten dinglichen Rechtes. Dagegen besagt die hier vorliegende Eintragung nichts darüber, ob das Grundpfandrecht ein regelrechtes oder, wie richtig, ein regelwidrig entwicklungsfähiges ist, ob also zumal den an ihm bestehenden und möglichen dinglichen Rechtsstellungen ein normales oder ein außerordentliches Schicksal bestimmt ist. Eine auch insoweit vollkommene Grundpfandrechtsdarstellung, wie sie etwa für den Erwerber einer derartigen dinglichen Rechtsstellung an sich sehr erheblich sein könnte, aber tatsächlich vorliegend nicht gegeben wird, wird nun, solange ein Erwerb im förmlichen Einklang mit dem Buchstande außer Betracht bleibt, gar nicht erforderlich, da das Grundbuch unter den angegebenen Umständen von niemandem als in vollem Ausmaß zuverlässiges Auskunftsmittel angesprochen werden kann.

Wer etwa bei Fortdauer eines — nicht notwendig des unveränderten anfänglichen — Zwiespaltes zwischen Buchstand und Rechtslage vom nicht ausgewiesenen wahren Berechtigten gültig erwirbt, kann ebensowenig vollkommene Darstellung des vorläufigen Rechts verlangen wie der, der mangels Vorliegens der Voraussetzungen eines außerordentlichen Erwerbes vom legitimierten Nichtberechtigten nichts erlangt. Der erstere Erwerbsvorgang vollzieht sich im vollen Gegensatz zur Buchdarstellung, die einen anderen als den Verfügenden aufweist und die folglich auch für die Frage des Schicksals der erworbenen Rechtsstellung als Auskunftsmittel nicht in Anspruch genommen werden kann; der letztere Erwerbsvorgang blieb erfolglos, da dem Legitimierten überhaupt die gegenwärtige Rechtsmacht fehlt und dieser Mangel nicht geheilt wurde. Dort endlich, wo es sich nicht um einen Erwerbsvorgang handelt, wie etwa bei einer Rang- oder Inhaltsänderung, die sich unter besonderen Umständen trotz des vorhandenen Zwiespaltes formell

im Einklang mit der Buchdarstellung gültig vollziehen mag,[15]) wird das Grundbuch allenfalls für die Zuständigkeit des Verfügenden, sonst aber nur — wie bislang schon — für den Rang oder den Inhalt des dinglichen Rechtes als maßgeblich betrachtet, weitergehende, d. h. vollkommene verbindliche Auskunft über das Grundpfandrecht aber erwartet und beansprucht keiner der hier Beteiligten.

Der Ausschluß der vollen verbindlichen Auskunftsbedeutung des Grundbuches, das unter diesen Umständen zumal die Frage nach dem vorbestimmten rechtlichen Schicksal der am Grundpfandrecht bestehenden oder möglichen Rechtsstellungen nicht maßgeblich beantwortet, ist als Auswirkung des festgestellten Zwiespaltes zwischen Buchstand und Rechtsmacht, an und für sich betrachtet, freilich nichts dem vorläufigen Rechte Einzigartiges, ergibt sich vielmehr ebensogut bei nachträglicher Rechtsentwicklung i. S. der §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB bei dem — nunmehr unrichtig eingetragenen — endgültigen Grundpfandrechte. Dennoch ist in dem hier behandelten besonderen Zusammenhange der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB der Schluß zwingend geboten, daß das Grundbuch zwar die Eintragung eines vorläufigen Grundpfandrechts aufnehmen, aber über ein solches regelwidriges Recht schlechthin k e i n e als v e r b i n d l i c h e A u s k u n f t maßgebliche vollkommene Darstellung geben s o l l e und d ü r f e. — Hierfür spricht nicht allein der Umstand, daß bei Rechtsbestellung gemäß § 1113 Abs. 2 BGB schon von vornherein die notwendig unrichtige Eintragung des Rechtes auf den Namen des Nichtberechtigten einen Rechtserwerb im Einklang mit dem Buchstande grundsätzlich ausschließt, und so eine voll und ganz zuverlässige Grundpfandrechtsdarstellung einstweilen vermieden bleibt;[16]) dagegen ließe sich anführen, daß eine solche Beeinträchtigung des Auskunftscharakters des Grundbuches ganz allgemein Folge jedes derartigen Gegensatzes zwischen buchmäßiger und wahrer Rechtslage sei. — Unzweifelhaft begründet ist die hier gezogene Schlußfolgerung vielmehr aus den nachstehenden Erwägungen:

Während man dem Falle des nicht richtig eingetragenen endgültigen Eigentümerpfandrechts als Gegenstück den Tatbestand des § 1196 BGB gegenüberstellen kann, in dem das Grundbuch im Zusammenhang mit der sachlich-rechtlichen Regelung eine vollkommene verbindliche (eindeutige) Auskunft

[15]) Hiervon ist im einzelnen noch später zu handeln.

[16]) worauf RGZ 75, 245 ff. (251) einen nicht ganz gerechtfertigten ausschlaggebenden Nachdruck legt.

über das dargestellte Recht gibt, kennt das Gesetz keinen Fall des vorläufigen Grundpfandrechtes, in dem auch nur der wahre Berechtigte buchmäßig ausgewiesen wird.

Sowohl die nach Rechtsform und Rechtsinhaber vorläufigen Grundpfandrechtsgestaltungen aus §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB einerseits, §§ 1117, 1163 Abs. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB andererseits wie das hinsichtlich des Rechtsinhabers vorläufige Grundpfandrecht i. S. der §§ 1191, 1192 Abs. 1, 1163 Abs. 2 BGB gelangen übereinstimmend im Grundbuch derart zum Ausdrucke, daß ein Nichtberechtigter als Inhaber legitimiert wird. Dort aber, wo der wahre Berechtigte — wie im Falle der Bestellung einer Briefgrundschuld gemäß § 1196 BGB — von vornherein im Grundbuch erscheint, kann man ausnahmsweise auch vor Erteilung des Briefes wieder nicht von einem vorläufigen Grundpfandrecht i. S. der §§ 1163 Abs. 2, 1192 Abs. 1 BGB sprechen.

Berücksichtigt man fernerhin, daß es sich bei den sämtlichen ausnahmsweise vorläufigen Rechten jeweils um Gestaltungen handelt, die ihre Besonderheit aller Erwartung nach alsbald nach erfolgter Aufnahme in das Buch verlieren sollen, um fortan ausschließlich dem grundlegenden Entwicklungsgesetz des Grundpfandrechts zu unterstehen, so rechtfertigt sich der Schluß, daß nach dem Willen des Gesetzes das Grundbuch nur über regelmäßig entwicklungsfähige oder endgültige, nicht aber über vorläufige Grundpfandrechte vollkommene verbindliche Auskunft erteilen solle und dürfe. Daraus folgt weiterhin, daß das Grundbuch, sobald es durch eine irgendwie geartete Änderung des Ausgangstatbestandes der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB vor der Entwicklung des vorläufigen Rechtes zur Gläubigerhypothek seine — zunächst weithin ausgeschaltete — Bedeutung als für den Rechtserwerb maßgebliches vollkommenes Auskunftsmittel über das dingliche Recht ganz allgemein oder auch nur für einen Einzelfall wiedergewinnt, nur ein normales, seiner Besonderheit entkleidetes Grundpfandrecht darstellen darf.

Damit sind aber auch die beiden weiteren Grenzen für die Fortdauer der Vorläufigkeit bereits vorgezeichnet.

aa) Die Unzulässigkeit allgemein maßgeblicher vollkommener Grundbuchdarstellung im Rahmen der Vorläufigkeit.

Die Eintragung des vorläufigen Rechtes wird zur verbindlichen, gegen jedermann maßgeblichen vollkommenen Grundpfandrechtsdarstellung, wenn infolge Beseitigung des bisherigen Zwiespaltes Buchstand und Rechtslage zumindest derart in

Übereinstimmung gebracht werden, daß sich Legitimation und wahre Rechtsmacht in einer Person vereinigen. Dann nämlich ist das Grundbuch zumindest im wesentlichen richtig, ermöglicht ganz allgemein einen gültigen Rechtserwerb im Einklange mit seiner Darstellung.

Wie es zu solcher Übereinstimmung kommt, kann nach Lage der Sache nur gleichgültig sein. Es mag also der ursprüngliche Gegensatz durch eine nachfolgende bloße Bucheintragung oder kraft einer sachlich-rechtlichen Verschiebung der Ausgangslage oder schließlich im Wege einer gleichzeitigen Veränderung des Buch- und Sachstandes ausgeglichen werden, am Ergebnis der nunmehr hergestellten Maßgeblichkeit der Buchdarstellung ändert dies nichts. — Ist aber das Grundbuch nach dem Willen des Gesetzes nur dazu bestimmt, regelrechte Grundpfandrechte verbindlich darzustellen, so hat die erfolgte Vereinigung von Buchstellung und Rechtsmacht zur Folge, daß im gleichen Zeitpunkt die dem hier behandelten Rechte eigene Besonderheit in Fortfall geraten muß.

In diesem Sinne also rechtfertigt es sich, wenn in Rechtsprechung[17]) und Schrifttum[18]) die Ansicht vertreten wird, daß die Buchberichtigung das vorläufige zum regelrechten Grundpfandrecht mache. Nur ist — und dies wird allgemein übersehen — der Tatbestand der Berichtigung nichts als ein Unterfall der Vereinigung von Buchlegitimation und Rechtsinhaberschaft, die auch in allen anderen Fällen die Vorläufigkeit des Grundpfandrechts behebt.

bb) Die Unzulässigkeit im Einzelfalle maßgeblicher vollkommener Grundbuchdarstellung im Rahmen der Vorläufigkeit.

Aus dem gleichen Gesichtspunkte, daß das Grundbuch nur regelmäßige Grundpfandrechte darzustellen habe, ergibt sich ein weiterer Rechtsgrund für den Fortfall der Vorläufigkeit dort, wo ohne gleichzeitige Beseitigung des Zwiespaltes zwischen Buchstand und Rechtsmacht — vor Rechtsentwicklung — ein gültiger Erwerb am Grundpfandrecht aus der Hand des Nichtberechtigten stattfindet. Wird nämlich unter den besonderen Voraussetzungen des guten Glaubens oder des § 185 BGB[19]) das bislang vorläufige Recht oder eine dingliche Rechtsstellung

[17]) RG besonders klar in JW 1937, 615.

[18]) u. a. Ackermann S. 243, Dehne S. 666, Ehrenforth S. 3219, 3220, Recke 1936 S. 3221, Thümmler DNotZ S. 766; anders, allerdings ohne jegliche Begründung, Heck S. 359.

[19]) dessen Anwendbarkeit im Gebiet des Grundbuchrechts von Anbeginn außer Frage stand; vgl. KGJ 21, A 150 ff. (150).

an ihm wirksam erworben, so vollzieht sich hiermit ein Erwerbsvorgang im formellen Einklang mit der Darstellung des Buches, das den Verfügenden ausweist. Damit aber gewinnt die Bucheintragung für einen Einzelfall ihre volle Bedeutung als maßgebliches Auskunftsmittel über das verzeichnete Recht, darf mithin fortan nur ein endgültiges Recht darstellen.

Dies bedarf keiner weiteren Ausführung, soweit es sich um den Erwerb des Grundpfandrechtes oder eines begrenzten dinglichen Rechts daran handelt, dessen Gültigkeit auf den Vorschriften über den öffentlichen Glauben (zumal §§ 892, 1138 BGB)[20]) beruht. — Gilt das Grundbuch dem rechtsgeschäftlichen Erwerber gegenüber unter der Voraussetzung seiner Redlichkeit als richtig, so ist damit auch die Maßgeblichkeit der — hier außerordentlich erheblichen — gesamten Beschreibung des erworbenen oder belasteten Rechts zweifelsfrei angeordnet.

Das Gleiche muß aber auch dort angenommen werden, wo die Gültigkeit des Rechtserwerbes sich aus den Vorschriften des § 185 BGB ergibt. — Die Anwendung dieser Bestimmung kommt, dies bedarf zunächst der Klarstellung, überall dort in Betracht, wo der gute Glaube an die Rechtsmacht des Verfügenden durch Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Buches (§ 899 BGB) oder zumal durch Kenntnis der wahren Rechtszuständigkeit[21]) oder schließlich dadurch ausgeschlossen ist, daß die aufschiebende Bedingtheit der Hypothekenforderung aus dem Grundbuch hervorgeht.[22])

Für die Tatbestände einer gemäß § 185 BGB gültigen Übertragung oder Belastung ist folgendes zu erwägen:

Wer kraft Einwilligung oder Genehmigung des wahren Berechtigten (§ 185 Abs. 1 und 2 BGB) mit Wirkung zum Zeitpunkt der Verfügung oder zu einem späteren Zeitpunkt — wenn der Verfügende zum Berechtigten wird oder von diesem

[20]) Auch die Bestimmung des § 893 BGB wird in Verbindung mit § 1138 BGB als Voraussetzung gültigen Erwerbes bedeutsam, sobald gewisse Änderungen der ursprünglichen Rechtslage — von denen im einzelnen später zu handeln ist — eintreten.

[21]) Beim Briefpfandrecht ist die Besonderheit zu beachten, daß ein aus dem Brief ersichtlicher Widerspruch als im Buch eingetragen, ein Mangel der Rechtsmacht des Verfügenden, der aus dem Briefe hervorgeht, als dem Erwerber bekannt gilt (§§ 1140, 1157 BGB).

[22]) vgl. RGZ 144, 26 ff. (28).

beerbt wird (§ 185 Abs. 2 BGB) — gültig erwirbt,[23]) erlangt das Grundpfandrecht oder ein Pfandrecht oder schließlich einen Nießbrauch daran gleichfalls durch einen Rechtsvorgang, der auf den Buchlegitimierten zurückführt, wenigstens formell von ihm ausgeht.

Sowohl im Falle des redlichen Erwerbes wie im Tatbestande einer nach § 185 BGB gültigen Übertragung oder Belastung des Grundpfandrechtes wird der Mangel wahrer Rechtsmacht des Legitimierten seiner rechtlichen Bedeutung entkleidet; mit der Verwirklichung beider Tatbestände muß also das Grundbuch, das mit dem gültigen Erwerbsvorgange förmlich im Einklange steht, zugunsten des Erwerbers, aber damit zugleich ein für allemal, in seiner hier außerordentlich wesentlichen und darum voll verbindlich gewordenen Beschreibung ein seiner Besonderheit entkleidetes Grundpfandrecht darstellen.

Die Verwirklichung eines gültigen Erwerbes am vorläufigen Rechte aus der Hand des Nichtberechtigten muß demnach auch dort, wo es im Ergebnis nicht zur Übereinstimmung von Buchstand und wahrer Rechtsmacht kommt, das wirksam erworbene oder belastete — bislang vorläufige — Recht zum regelrechten gewöhnlichen Grundpfandrecht werden lassen.[24])

Nach drei Richtungen erweist also die Vorläufigkeit als außerordentliche Entwicklungsfähigkeit des sonst als Eigentümergrundschuld endgültigen Rechtes ihre besondere Schwäche. Sie geht dem Rechte verloren, sobald feststeht, daß die noch nicht entstandene Forderung nicht mehr entstehen wird, sobald sich wahre Berechtigung und Buchstellung vereinigen und sobald sich ein gültiger Erwerb am vorläufigen Rechte aus der Hand des Nichtberechtigten vollzieht.

Darüber hinaus besteht aber kein Anlaß, die der Eigentümergrundschuld verliehene ohnehin schon schwächere Eigenschaft gegenüber der der Fremdhypothek innewohnenden

---

[23]) Die Bestimmung des § 185 BGB betrifft ihrem Wortlaut nach Verfügungen des Nichtberechtigten, nicht gegen ihn vorgenommene Vollstreckungsmaßnahmen. Für eine entsprechende Anwendung des Abs. 2 der angegebenen Bestimmung im Falle nachträglichen Erwerbes eines zuvor gepfändeten Gegenstandes durch den Vollstreckungsschuldner wird man sich jedoch mit RGRKom Anm. 4 zu § 185 BGB und Staudinger (10) Anm. 3 und 6 zu § 185 BGB entscheiden dürfen. Noch weitergehend: Planck (4) Anm. 2b zu § 185 BGB; grundsätzlich ablehnend: Oertmann Komm (3) Anm. 12 zu § 185 BGB.

[24]) Im Ergebnis wie hier, wenn auch ohne nähere Begründung, für den Fall des gutgläubigen Erwerbes Ackermann S. 346; ähnlich wohl auch Planck (4) Anm. 4c zu § 1177 BGB.

regelmäßigen Entwicklungsfähigkeit nach irgendeiner Richtung hin einzuschränken. Die Vorläufigkeit muß demnach, solange nur die festgestellten drei besonderen Endigungstatbestände dabei nicht verwirklicht werden, im übrigen gleich ihrem Vorbilde jede Veränderung der bei Rechtsbestellung gegebenen Verhältnisse überdauern, ausgenommen lediglich den Untergang des Grundpfandrechts und die (durch Rechtsgeschäft oder kraft gesetzmäßiger Entwicklung herbeigeführte) Erreichung der vorbestimmten Endgestaltung (Gläubigerhyothek).

Dies ist als Ergebnis der wesentlichen Gleichartigkeit der außerordentlichen und der regelmäßigen Entwicklungsfähigkeit des Grundpfandrechtes für die weitere Untersuchung ausdrücklich festzuhalten, ehe man sich der weiteren Aufgabe zuwendet, unter Berücksichtigung der durch §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB geschaffenen Rechtslage die Rechtsstellungen der vorläufig oder nachträglich an diesem besonders gearteten dinglichen Rechte Beteiligten zu bestimmen.

b) Die ursprüngliche Rechtslage.

Im Rahmen der durch Rechtsbestellung gemäß § 1113 Abs. 2 BGB geschaffenen Rechtslage stehen sich gegenüber: der Besteller als Eigentümer und vorläufiger Grundschuldberechtigter und der (eigentumsfremde) Begünstigte als nachmaliger Gläubiger und Hypothekberechtigter. — Da der Besteller nicht notwendig zugleich die Stellung des nachmaligen Schuldners innehat und im Interesse einer klaren Abgrenzung der Rechtsstellungen am Grundpfandrechte auch als schuldrechtlich unbeteiligt behandelt werden soll,[25]) tritt noch ein weiterer — allerdings nicht dinglich Beteiligter hinzu, der in seiner Eigenschaft als vorgesehener Schuldner lediglich im Rahmen der dem Begünstigten zuteil werdenden Erörterung (also nicht gesondert) zu behandeln ist.

1. Der Eigentümer und vorläufige Grundschuldberechtigte.

Die Eigenart des vorläufigen Grundpfandrechtes, das in seiner sonst endgültigen Gestaltung als Eigentümergrundschuld entwicklungsfähig ist, führt notwendig zu einer Abwandlung der dem Eigentümer als Grundschuldberechtigten regelmäßig zuge-

[25]) Diese Art der Darstellung ermöglicht es andererseits ohne weiteres, den im Rechtsleben häufigeren Fall der Personengleichheit von Besteller und nachmaligem Schuldner dadurch zu lösen, daß man das für jede einzelne Rechtsstellung Gesagte für den dinglich und schuldrechtlich Beteiligten zusammenfassend verwertet.

wiesenen Rechtsstellung schon um deswillen, weil das ihm zustehende Recht nachträglich einem anderen zufallen soll. Inwieweit darüber hinaus die zunächst dem Besteller gewährte Rechtsmacht hierdurch beeinflußt wird, ist eine der bedeutsamsten Fragen, die überhaupt im Zusammenhange mit der hier in Rede stehenden Rechtsgestaltung auftauchen.

α) Der Eigentümer als förmlich nicht ausgewiesener Berechtigter.

Die Entstehung der Eigentümergrundschuld aus der Bestellung einer Fremdhypothek gemäß § 1113 Abs. 2 BGB bringt es mit sich, daß der Eigentümer als wahrer Berechtigter (ebenso wie die wahre Form des Grundpfandrechts) dem Grundbuche fremd ist. Die hier zugrunde gelegte Regel im Rechtsverkehr ist es, daß ein über ein Briefrecht gebildeter „Hypotheken"brief, der das verbriefte Recht gleichfalls nach Rechtsinhaber und Rechtsform falsch bezeichnet, dem Begünstigten, d. h. dem fremden Gläubiger, von vornherein überlassen wird. Bei dieser Rechtslage ist der Eigentümer zwar wahrer gegenwärtiger Grundschuldberechtigter — nur i. S. des § 1197 BGB beschränkt, andererseits kraft seiner doppelten Rechtsstellung i. S. der §§ 1183, 880 Abs. 2 S. 2 BGB unbehindert — ihm fehlt aber die Rechtsstellung des Buchberechtigten und Briefinhabers. Bei der Bedeutung, die Buchstellung und Briefbesitz nach der Rechtsordnung des BGB haben,[26]) ist der Eigentümer mithin als Rechtsinhaber förmlich nicht ausgewiesen und demgemäß in der Ausübung seiner Befugnisse tatsächlich behindert, wenn auch nicht i. S. des § 135 BGB in der Verfügung rechtlich beschränkt.[27]) Es ist dies indessen eine keineswegs einzigartige Lage,[28]) wie weiter oben dargelegt werden konnte; der Eigentümer steht hier nicht anders als im Falle einer nachträglichen Grundpfandrechtsentwicklung i. S. der §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB. Da das Gesetz der Sache nach einen Unterschied zwischen dem im letzteren Falle in Betracht kommenden endgültigen und dem hier behandelten vorläufigen Grundpfandrecht nicht macht, muß in dem einen wie dem anderen Falle dem Eigentümer als dem wahren Berechtigten gemäß der zwingenden Vorschrift des § 894 BGB ein Berichtigungsanspruch gegen den nur Buchberechtigten zustehen, muß ihm als Briefeigentümer (§ 952 Abs. 2 BGB) — und zugleich als mittelbarem

[26]) Wegen der Bedeutung des Briefes vgl. § 3 Anm. 12 d. Darst. und das dortige Schrifttum.

[27]) wie Ackermann S. 346 in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des RG (RGZ 56, 9 ff. (14); 97, 223 ff. (226); 120, 110 ff. (112) u. a.) zutreffend bemerkt.

[28]) was Lent AkadZ S. 38 behauptet.

Besitzer (§ 868 BGB)[29]) — weiterhin auch ein Anspruch gegen den unmittelbaren Besitzer des Briefes auf Herausgabe (§ 985 BGB)[30]) zukommen.[31]) — Eine Vereinbarung des Inhaltes, daß entgegen der abdingbaren[32]) Bestimmung des § 952 BGB der fremde Gläubiger von vornherein sogleich das Eigentum am Briefe erlangt, kommt praktisch selten vor, liegt aber insbesondere auch nicht etwa, wie Ackermann[33]) meint, schon in der Abrede gemäß § 1117 Abs. 2 BGB und sei hier lediglich als eine mögliche Abweichung der regelmäßigen Ausgangslage angeführt. Kraft gesetzlicher Anordnung jedenfalls ist, wie dargetan, dem Eigentümer durchaus die Möglichkeit gegeben, die Buchstellung und den Briefbesitz des Begünstigten und damit zugleich die Behinderung seiner Verfügungsmacht zu beseitigen. Ob er in der Ausübung der ihm zustehenden Ansprüche bei der hier gegebenen besonderen Lage zugunsten des nachmaligen Hypothekberechtigten beschränkt ist, sei vorerst noch dahingestellt.

β) Der Eigentümer als einstweiliger Berechtigter.

Die Besonderheit in der Inhaberstellung des Eigentümers gemäß §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB liegt darin, daß er, sonst ständiger Grundschuldberechtigter, hier eine einstweilige Rechtsstellung innehat. Seine Rechtsherrschaft ist, da die Eigentümergrundschuld der Entwicklung fähig ist, insoweit der Inhaberstellung bei der notwendig entwicklungsfähigen — Fremdhypothek vergleichbar. So wie dort der Entwicklungsablauf über Verwandlung und Rechtsübergang ohne darauf gerichtetes rechtsgeschäftliches Eingreifen des Inhabers zustandekommt, so ist auch hier die Mitwirkung des Bestellers weder in seiner Eigenschaft als Eigentümer noch als Rechtsinhaber erforderlich. Sie vollzieht sich kraft Gesetzes und führt zum Verlust der vorläufigen Rechtsstellung, sobald die mit dem dinglichen Recht i. S. des § 1113 Abs. 2 BGB verknüpfte Hypothekenforderung nachträglich zur Entstehung gelangt.

[29]) RGRKomm Anm. 2 zu § 868 BGB, RGZ 54, 396 ff. (397), 69, 197 f. (198) nehmen zutreffend sogar im Falle einer echten aufschiebend bedingten Übereignung ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem Übereignenden und dem in den Besitz des Briefes gelangten Anwärter an.

[30]) neben dem der Hilfsanspruch zum Berichtigungsanspruch aus § 896 BGB bedeutungslos bleibt.

[31]) a. A. Lent AkadZ S. 39, 40, DNotZ S. 723, da durch die Berichtigung das Recht „umgewandelt" würde, da in der Briefübergabe an den Gläubiger eine aufschiebend bedingte Übereignung, die nach seiner Ansicht den Herausgabeanspruch ausschließt, liege.

[32]) RGRKomm Anm 1 zu § 952 BGB in Übereinstimmung mit der allgemeinen, in Schrifttum und Rechtsprechung herrschenden Ansicht.

[33]) S. 671; ähnlich Recke 1936 S. 3221, 1937 S. 81, 82; dagegen zutreffend Obermair JW S. 80, 81.

γ) Der Eigentümer als dinglich unbeschränkter Berechtigter.

Die dargestellte eigenartige Rechtslage, die den Eigentümer als gegenwärtigen, wenn auch nicht legitimierten Grundschuldinhaber zeigt, ihm andererseits aber nur eine einstweilige Rechtsherrschaft zuweist, leitet zu der Frage hin, ob unter diesen Umständen dem Eigentümer die uneingeschränkte Ausübung der ihm gegebenen Befugnisse zugebilligt werden darf. Ist doch zu bedenken, daß er es in der Hand hätte, kraft seines Berichtigungsanspruches sich die Buchstellung zu verschaffen und damit die Vorläufigkeit des Rechtes, die Erwerbsaussicht des nachmaligen Hypothekberechtigten zu vernichten, falls diesem kein Einwand gegen den geltend gemachten Einspruch zur Verfügung steht.

Die Bedeutung dieser vom Gesetz nicht gelösten Frage liegt auf der Hand. Mangels ausdrücklicher Regelung kann sie nur in der Weise entschieden werden, daß Grundsätze, die vom Gesetz für vergleichbare Rechtslagen ausdrücklich niedergelegt worden sind, in entsprechender Rechtsanwendung herangezogen werden.

Wenn in diesem Sinne die Mehrzahl der Schriftsteller[34]) im Einklang mit der Rechtssprechung[35]) die bereits erörterte gewisse äußerliche Übereinstimmung der hier gegebenen mit einer Bedingungslage (§ 158 BGB) unter ausdrücklichem Hinweis oder doch sinngemäß zum Anlaß nimmt, um den Eigentümer als Grundschuldberechtigten zugunsten des nachmaligen Hypothekberechtigten durch dinglichen Anwartschaftsschutz i. S. der §§ 158 ff. BGB, zumal im Wege rechtsähnlicher Anwendung des § 161 BGB, zu beschränken, so muß ein solches Verfahren nicht nur bei dem, der den Wert des Begriffs der Rechtsbedingung überhaupt verneint, auf unüberwindliche Bedenken stoßen. Fehlt es doch im vorliegend betrachteten Falle einer Rechtsbestellung gemäß § 1113 Abs. 2 BGB an einem Rechtsgeschäft, das man — wegen nachträglichen Fortfalles seiner Rechtswirkung oder weil noch nicht voll wirksam — auch nur gesetzlich auflösend oder aufschiebend bedingt nennen dürfte. Die Begründungsverfügung hat (anders als ein im letzteren Sinne bedingtes Geschäft) ihre volle dingliche Auswirkung bereits dahin geäußert, daß gemäß §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177

---

[34]) so u. a. Planck (4) Anm. 3a zu § 1163 BGB, Oertmann Rechtsbedingung S. 191, Thümmler BankA S. 439, Schmidt-Ernsthausen S. 669.

[35]) RGJW 1937, 615 in Zusammenfassung der in ständiger Praxis entwickelten Grundsätze; abweichend allerdings RGZ 77, 106 ff. (109), wo zutreffend nur die Frage etwaiger schuldrechtlicher Ansprüche des Anwärters erörtert wird.

Abs. 1 S. 1 BGB ein allerdings als Eigentümergrundschuld gestaltetes Grundpfandrecht entstanden ist. Dies Recht wiederum kann, selbst wenn man von allen anderen Unstimmigkeiten absieht, als auflösend-bedingt bestellt schon um deswillen nicht angesprochen werden, weil sein Untergang für den Fall nachträglicher Forderungsentstehung nicht in Betracht kommt, die Rechtswirkung des Bestellungsgeschäftes nur abgewandelt wird, nicht fortfällt. — Von einer rechtlich aufschiebend bedingten Übertragung und Umwandlung des vorläufigen Rechtes endlich kann mangels eines derartigen Verfügungsgeschäftes in dem hier behandelten Falle vollends nicht die Rede sein.

Damit ergibt sich selbst für den, der eine gleichartige Behandlung von rechtsgeschäftlicher und „gesetzlicher" Bedingung für angebracht hält, die Unzulässigkeit einer entsprechenden Anwendung der §§ 158 ff. BGB im Verhältnis zwischen dem Eigentümer und Grundschuldberechtigten einerseits, dem Gläubiger und nachmaligen Hypothekenberechtigten andererseits.

Auch hierfür verbleibt wiederum als einziger wirklich geeigneter Anhaltspunkt nur die Regelung, wie sie der Fremdhypothek zuteil geworden ist, dem Grundpfandrecht, das mit der Rechtsentwicklung vom einstweiligen auf den endgültigen Inhaber übergehen soll.

Hier hat nun das Gesetz selbst den einstweiligen Fremdberechtigten zugunsten des nachmalig berufenen Grundpfandberechtigten, des Eigentümers, in der Weise durch eine gesicherte Anwartschaft beschränkt, daß er lediglich im Wege der Vollstreckung auf den Rechtsbestand einwirken kann, darüber hinaus aber zu einer die Erwerbsaussicht beeinträchtigenden oder vernichtenden Verfügung der Zustimmung des Eigentümers bedarf, deren Erteilung diesem völlig freigestellt ist. Man könnte deshalb bei der klaren Übereinstimmung der hier und beim vorläufigen Recht gegebenen Rechtslage daran denken, auch die ausnahmsweise einstweilige Rechtsstellung des Eigentümers entsprechend dahin einzuschränken, daß der nachmalige Fremdberechtigte kraft eines ihm zuzubilligenden Anwartschaftsrechtes die Berichtigung und Briefherausgabe ablehnen und mit der formalen Rechtsstellung zugleich seine gefährdete Aussicht auch auf nachmaligen Grundpfandrechtserwerb verteidigen kann. Voraussetzung hierfür wäre allerdings, daß auch die zu schützenden Belange des fremden Gläubigers denen des Eigentümers im ausdrücklich geregelten Vergleichsfalle gleichwertig zu erachten sind. — Gerade diese wesentliche Voraussetzung ist im einschlägigen Schriftum und in der Rechtsprechung,

soweit sie in der äußerlichen Übereinstimmung der hier gegebenen mit einer Bedingungslage die Rechtfertigung für eine Beschränkung der nur vorläufigen Inhaberstellung finden, nicht erörtert.

Einzig Ackermann,[36]) der die Unzulässigkeit einer entsprechenden Anwendung des § 161 BGB nachträglich erkennt, beschäftigt sich kurz auch hiermit und lehnt für den Sonderfall der „nicht valutierten" Darlehenshypothek jedes schutzwürdige Interesse des nachmaligen Hypothekberechtigten mit der Begründung ab, es könne dem Gläubiger nichts daran liegen, einem widerstrebenden Schuldner ein Darlehen aufzunötigen. Dieser Gesichtspunkt mag in dem erwähnten Beispielsfalle der Rechtsbestellung für eine künftige Darlehensforderung bei Personengleichheit von Besteller und nachmaligem Schuldner eine gewisse Berechtigung haben, eine Verallgemeinerung verträgt er indessen nicht. Insbesondere versagt eine solche Erwägung schon dann, wenn der vorläufige Grundschuldberechtigte und der Schuldner verschiedene Beteiligte sind und läßt sich, da sie lediglich die besonderen, beim Darlehen gegebenen Verhältnisse berücksichtigt, auf keinen anderen Fall der Rechtsbestellung für eine nachträglich entstehende Forderung anwenden.

Gerade eine solche, auf einer — wenn auch praktisch sehr häufigen — besonderen Lagerung aufbauende Betrachtung muß aber, strebt man eine rechtsgrundsätzliche Klarstellung an, als irreführend vermieden werden.

Fragt man sich, welche Gründe für eine Beschränkung des vorläufigen Grundschuldberechtigten anzuführen sind, so ist voranzustellen, daß bis zum Zeitpunkt der Forderungsentstehung das Grundpfandrecht nicht nur rechtlich, sondern auch vom wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet noch voll und ganz zum Vermögen des Bestellers und einstweiligen Inhabers gehört, ernstliche Verluste also durch Vernichtung seiner Erwerbsaussicht dem Begünstigten nicht entstehen.[37]) Ein Verlust der durch §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. S. 1 BGB für den Begünstigten geschaffenen Erwerbsmöglichkeit wirkt sich erst und nur dann voll aus, wenn nachträglich die Forderung je nachdem durch Bedingungseintritt oder Begründungs-

[36]) S. 348.

[37]) In dem von Ackermann S. 348 besprochenen Sonderfalle mag allenfalls darin eine gewisse mittelbare Beeinträchtigung des Anwärters liegen, daß ihm, wenn er von der Forderungsbegründung nunmehr abzusehen genötigt ist, die Möglichkeit einer günstigen Kapitalsanlage entgeht.

geschäft zur Entstehung gelangt.[38]) Die Forderung ist ungesichert, also wirtschaftlich gesehen, in der Regel weniger wertvoll. Das Interesse, das der nachmalige Hypothekberechtigte an der Erhaltung seiner Erwerbsaussicht hat, gipfelt also darin, daß andernfalls die aufschiebend bedingte oder künftige Forderung, d. h. eine vorgesehene schuldrechtliche Beziehung zwischen ihm und dem Schuldner, möglicherweise (wenn sie nämlich überhaupt voll zur Entstehung gelangt) der ihr zunächst zugedachten besonderen Sicherung[39]) entbehrt und hierdurch in ihrer Durchsetzbarkeit und ihrem Werte beeinträchtigt werden mag.

Betrachtet man demgegenüber die Gründe, die zur Beschränkung des einstweiligen Berechtigten der Fremdhypothek und zur Gewährung des Anwartschaftsschutzes zugunsten des Eigentümers geführt haben, so trifft man hier auf eine Erwägung des Gesetzgebers, die der tragende Gedanke der gesamten Grundpfandrechtsregelung überhaupt ist und die Erklärung für die diesem Liegenschaftsrechte auferlegte besondere Bestimmung — und damit zugleich verliehene außergewöhnliche Fähigkeit zur Entwicklung — in sich birgt.

Das Gesetz gestaltet den Entwicklungsgang des Grundpfandrechts zur Endgestaltung der Eigentümergrundschuld und beschränkt insbesondere jeden Fremden als Rechtsinhaber zugunsten des Eigentümers in der Erkenntnis, daß dem Letzteren der Bestand und die Rangstelle dieses wirtschaftlich besonders bedeutsamen Rechtes nach Möglichkeit endgültig erhalten bleiben müsse, da sonst eine unbillige Rangverbesserung nachstehender Berechtigter dem Eigentümer eine weitere Beleihung und damit Auswertung des Grundstückes erschweren würde. Hier wird also der wirtschaftliche Wert, der jedem Grundpfandrecht kraft seiner Rangstelle innewohnt und sich nicht im Interesse des zeitweiligen Inhabers erschöpft, gleichzeitig aber auch die Verwertbarkeit des Grundstücks selbst und damit die Stellung des Eigentümers als solchen weitgehend gesichert.[40])

Bei der Abwägung der schutzfähigen Belange des Eigentümers im Falle der Fremdhypothek einerseits, des Fremdberechtigten im hier behandelten Sonderfalle der vorläufigen

---

[38]) Nur solchenfalls könnte der Erwerber im Falle aufschiebend bedingter Forderung gem. § 160 BGB vom Schuldner, der gleichzeitig Besteller ist, Entschädigung für eine Wertbeeinträchtigung verlangen, die — durch dessen Einwirkung auf die Erwerbsaussicht — der Forderung während Schwebens der Bedingung etwa zugefügt worden ist.

[39]) auf die — außer im Falle einer entsprechenden schuldrechtlichen Vereinbarung (Vorvertrag) — aber auch ein Rechtsanspruch nicht besteht.

[40]) vgl. auch zum Vorstehenden die Erwägungen in Prot 3, S. 600 ff. (601).

Eigentümergrundschuld andererseits kann nicht zweifelhaft sein, daß diese hinter jenen an Bedeutung weit zurückstehen. Bei der ersteren Anwartschaft wird einer im Verlust der Rangstelle liegenden Entwertung des Eigentums am Grundstücke[41]) — also des umfassendsten dinglichen Rechtes — vom Gesetz bewußt durch einzigartige Ausgestaltung eines entwicklungsfähigen Grundpfandrechts und folgerichtig vermöge einer dinglich wirkenden Einschränkung der einstweiligen Inhaberstellung vorgebeugt; bei der letzteren Erwerbsaussicht, die mit einem ausnahmsweise zugelassenen regelwidrigen Entwicklungsgange verknüpft ist, steht lediglich die mögliche Entwertung eines Schuldverhältnisses auf dem Spiel, die eine dinglich wirkende Begrenzung der Befugnisse des Eigentümers, der hier ausnahmsweise einstweiliger Grundpfandberechtigter ist, nicht rechtfertigt, vom nachmaligen Berechtigten vielmehr nur durch Geltendmachung eines eigens geschaffenen schuldrechtlichen Erwerbsanspruches nach Kräften abgewehrt werden mag. Die hier gewonnene dem nachmaligen Hypothekberechtigten ungünstige — Lösung rechtfertigt sich nicht nur aus dem Wertunterschiede der gefährdeten Belange des Eigentümers im Vergleichsfalle und des Gläubigers in der Rechtslage der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB, sondern wird überdies durch die Erwägung gestützt, daß das Gesetz an anderen Stellen einigermaßen vergleichbare Rechtslagen ausdrücklich im gleichen Sinne, d. h. unter Versagung dinglichen Anwartschaftsschutzes geregelt hat.

Solche Rechtslagen ergeben sich dort, wo für eine durch Hypothek gesicherte Forderung zugleich eine Bürgschaft besteht oder der Schuldner der Hypothekenforderung gegen den Eigentümer des Pfandgrundstücks einen Anspruch auf Schuldbefreiung hat. In beiden Fällen besteht zugunsten des Bürgen oder des Schuldners eine Aussicht auf Erwerb des Grundpfandrechts, sei es mit der Forderung (gem. §§ 774, 412, 401, 1153 BGB) kraft gesetzlichen Forderungsüberganges, sei es — gleichfalls kraft Gesetzes — unter eigenartiger Forderungsauswechslung gem. § 1164 BGB derart, daß das Grundpfandrecht nachträglich dem Zwecke, die Erstattungsforderung zu sichern, unmittelbar unterworfen wird. Gemeinsam ist beiden Fällen der Grundgedanke, daß billigerweise auch die infolge Zahlung des Bürgen oder Schuldners entstehenden Erstattungsforderungen in ihrer Durchsetzbarkeit und damit ihrem Wert durch diejenigen Sicherungen gewährleistet werden sollen, die für das Schuldverhältnis ohnehin schon bestellt waren. Diesen Grundgedanken

[41]) Eine solche Entwertung steht nur dann ausnahmsweise nicht zu befürchten, wenn rangschlechtere Rechte am Grundstück nicht vorhanden sind.

der Sicherung einer nachträglich entstehenden (künftigen) Forderung hält das Gesetz indessen nicht für so maßgeblich, um deswegen dem Gläubiger, der zunächst einmal Inhaber des Grundpfandrechts ist, Beschränkungen in der Verfügung über das Recht zugunsten der erwähnten Anwärter aufzuerlegen. Eine Vereitelung des nachträglichen Rechtserwerbes, die also durchaus zulässig und möglich ist, hat einzig schuldrechtliche Folgen; sie führt in den erwähnten Beispielsfällen dazu, daß die sonst Zahlungspflichtigen insoweit frei werden, als ihr Erstattungsanspruch entwertet worden ist (§§ 776, 1165 - auch 1166 - BGB).

Einer vergleichenden Berücksichtigung dieser ausdrücklich geregelten Rechtslagen steht es — hat man erst einmal die durch §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB geschaffene Buchstellung des Anwärters als eine für den späteren Rechtserwerb an sich nicht entscheidende Buchunrichtigkeit erkannt[42]) — nicht entgegen, daß der Bürge und der erstattungsberechtigte Schuldner eine solche förmliche Stellung nicht innehaben.

Auch der Umstand, daß anders als in den Vergleichsfällen im Tatbestande der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB das bestellte Grundpfandrecht von vornherein als Fremdhypothek des Anwärters gedacht war, wird bedeutungslos, wenn man bedenkt, daß das Gesetz, indem es das entstandene Recht zunächst dem Eigentümer zuwies, den Begünstigten sachlich in genau die gleiche Lage eines nachmaligen Erwerbers versetzt hat, wie den Bürgen und den erstattungsberechtigten Schuldner. Sie alle haben nichts als eine Aussicht auf Erwerb eines bestehenden Grundpfandrechts zur Sicherung ihrer nachträglich entstehenden Forderungen; das Recht selbst aber steht einstweilen unbeschränkt einem anderen zu.

Demnach entspricht es sowohl der billigen Abwägung der hier wie dort gegebenen gefährdeten Belange als auch der vom Gesetz in ähnlichen Rechtslagen gewählten ausdrücklichen Regelung, wenn man es ablehnt, den Eigentümer in seiner Rechtsstellung als vorläufiger Grundschuldberechtigter zugunsten des nachmaligen Hypothekberechtigten dinglich zu beschränken. — Der Eigentümer ist mithin auch als einstweiliger Berechtigter in der Ausübung der ihm zustehenden vollen Befugnisse durchaus frei; er handelt insbesondere — da dem bloßen sachenrechtlichen Bestellungsgeschäft des § 1113 Abs. 2 BGB eine sittliche Verpflichtung des Eigentümers, den erwartungsgemäßen Ent-

[42]) Wichtig ist — wie dargetan — nur, daß nicht der wahre Berechtigte nachträglich diese Stellung erlangt.

wicklungsgang zu dulden, nicht zu entnehmen ist — bei der erörterten Rechts- und Interessenlage selbst dort im Rahmen zulässiger Rechtsausübung, wo durch die Geltendmachung seiner uneingeschränkten dinglichen Herrschaftsbefugnis die besondere Entwicklungsfähigkeit des Rechtes und damit die Erwerbsaussicht des Gläubigers der noch nicht entstandenen Forderung beeinträchtigt oder vernichtet wird.[43])

2. Der (eigentumsfremde) Gläubiger und nachmalige Hypothekberechtigte.

Im Rahmen der vorangegangenen Erörterung, die der Rechtsstellung des Eigentümers und vorläufigen Grundschuldberechtigten galt, war infolge der eigentümlichen Verbindung, die die betrachtete Rechtslage zwischen den Beteiligten knüpft, ein Eingehen auf die gegensätzliche Rechtsstellung nicht zu vermeiden. Die dort gewonnenen Ergebnisse umreißen also in den wesentlichsten Zügen auch das Ausmaß und die Bedeutung der Stellung, die dem eigentumsfremden Gläubiger der aufschiebend bedingten oder künftigen Forderung als nachmaligem Hypothekberechtigten überhaupt nur verbleiben kann. Es wird danach lediglich noch darauf ankommen, das bereits im großen Ganzen entwickelte Bild zu vertiefen und in Einzelheiten Klarheit zu schaffen.

α) Der (fremde) Gläubiger als förmlich ausgewiesener Nichtberechtigter.

Entgegen der wahren Rechtslage, die den Eigentümer als Grundschuldberechtigten und Briefeigentümer zeigt, dem Begünstigten einstweilen aber jede sachliche Rechtsmacht vorenthält, ist der Letztere durch Buchstellung und (unmittelbaren) Briefbesitz als scheinbarer Hypothekberechtigter und Briefeigentümer ausgewiesen. Er ist unter diesen Umständen nicht bloß der

---

[43]) Eine andere ausdrückliche Regelung, wie sie in § 1190 Abs. 1 BGB für die Sicherungshypothek zum Höchstbetrage getroffen ist, rechtfertigt einen besonderen dinglichen Anwartschaftsschutz für die dort bestehende im Grunde gleiche Rechtslage. Die in der angegebenen Bestimmung den schuldrechtlich Beteiligten vorbehaltene vertragliche „Feststellung" würde durch das Vorgehen des als vorläufiger Grundschuldberechtigter unbeschränkten Eigentümers in ihrer Bedeutung gefährdet werden können. Die Sonderregelung verlangt also dort dinglich wirkende Beschränkung des einstweiligen Grundpfandberechtigten. — Auf einer (unzulässigen) Verallgemeinerung dieser ausgesprochenen Sonderregelung beruht offenbar die im Schrifttum sonst durchweg vertretene Rechtsansicht von der Anwendbarkeit des § 161 BGB. — Wegen eines besonderen schuldrechtlichen Erwerbsanspruches des Anwärters s. 2γ.

Gegner des Berichtigungsanspruches[44]) — und des Hilfsanspruches aus § 896 BGB — sowie des Anspruches auf Herausgabe des Briefes, er ist vielmehr bei der Bedeutung der Vermutungen der §§ 891, 1117 Abs. 3 BGB in der Lage, trotz mangelnder sachlicher Berechtigung wie ein wirklicher Rechtsinhaber und ggf. Briefeigentümer aufzutreten, im Grundbuchverkehr Anträge zu stellen sowie formell zureichende Bewilligungen abzugeben.

Das Bestehen dieser formellen Ermächtigung des noch nicht Berechtigten ist indessen, was nochmals betont sei, nichts der hier gegebenen besonderen Rechtslage Einzigartiges, ihr Fortbestand oder Verlust hat insbesondere für die weitere Entwicklung des Grundpfandrechtes für sich allein betrachtet keine entscheidende Bedeutung.

β) Der (fremde) Gläubiger als nachmaliger Berechtigter (Anwärter).

Die Bestellung eines Grundpfandrechtes gemäß §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB, die dem Begünstigten zunächst keinerlei wahre Rechtsmacht gewährte, verschafft ihm statt dessen — und darin liegt das Wesentliche seiner rechtlichen Stellung — die Möglichkeit, mit der Entstehung seiner Forderung, nachträglich also, die volle Rechtsherrschaft an dem zuerst dem Eigentümer zustehenden dinglichen Recht zu erlangen. Hierbei erfolgen entsprechend der dem Grundpfandrecht verliehenen Entwicklungsfähigkeit Verwandlung und Übergang kraft Gesetzes, ohne daß es einer eigens hierauf gerichteten rechtsgeschäftlichen Mitwirkung des Erwerbers bedürfte,[45]) ja ohne daß eine solche im Augenblick der Entstehung der Forderung noch möglich wäre.

Dem fremden Begünstigten ist damit eine auf Erwerb des Grundpfandrechtes gerichtete Anwartschaft verliehen, die, wie bereits festgestellt, der Erwerbsaussicht des Eigentümers im regelmäßigen Entwicklungsgange des Liegenschaftspfandes im Grunde gleich geartet ist. Während diese aber auf einer dinglichen Rechtsbeziehung des Anwärters zum Pfandgrundstücke, dem Eigentume, beruht, ist jene notwendig mit der Gläubiger-

[44]) auf Abgabe einer entsprechenden Bewilligung oder eines Anerkenntnisses des Nichtbestehens der Forderung; bei entsprechendem Ersuchen des wahren Berechtigten kann statt dessen auch die Erteilung einer Löschungsbewilligung in Betracht kommen, vgl. RGZ 56, 322 ff. (327); 101, 231 ff. (234); im einzelnen ist hierauf noch weiter unten einzugehen.

[45]) vgl. Staudinger (10) Anm. 16 zu § 1163 BGB, Planck (4) Anm. 3c zu § 1163 BGB.

stellung der noch nicht (voll) entstandenen Forderung verknüpft. Damit gewinnt die aufschiebend bedingte oder künftige Forderung des Begünstigten gegen den nachmaligen Schuldner, die, wie Ackermann [46]) zutreffend betont, schon vor der (vollen) Entstehung rechtlich als „Hypothekenforderung" i. S. des § 1113 BGB zu behandeln und deshalb insbesondere den Vorschriften des § 1154 BGB zu unterstellen ist,[47]) ihre wesentliche Bedeutung als Grundlage der Erwerbsaussicht.

Die hiernach maßgebliche Beziehung zwischen dem begünstigten Gläubiger und dem Schuldner stellt sich nun, je nachdem ob es sich um eine aufschiebend bedingte oder künftige Hypothekenforderung handelt, verschieden dar.

Die ersterwähnte noch nicht entstandene Forderung ist entsprechend den Bestimmungen der §§ 158 ff. BGB ein, wenn auch noch nicht voll entwickeltes, so doch bereits im Begründungstatbestande abgeschlossenes, rechtliche Mindestwirkungen äußerndes Rechtsverhältnis. Dem Gläubiger kommt bereits eine i. S. des § 161 BGB rechtlich gesicherte Anwartschaft auf Erwerb der Forderung bei Bedingungseintritt zu,[48]) der Schuldner ist bereits im Rahmen von Treu und Glauben gebunden (§ 162 BGB) und nicht in der Lage, entgegen diesem Grundsatze den Bedingungsausfall herbeizuführen. Es bedarf hier nur noch des Bedingungseintrittes (§ 158 Abs. 1 BGB), um die volle Wirkung des Begründungsgeschäftes, d. h. die Entstehung eines gegenwärtigen bedingungslosen schuldrechtlichen Bandes hervorzurufen, nicht eines hierauf abzielenden rechtsgeschäftlichen Zusammenwirkens der Beteiligten.

Anders liegt es im Falle einer künftigen Forderung; dort sind zwar bei Bestellung des Grundpfandrechtes die Personen des Gläubigers und Schuldners, der Schuldgrund und ggf. Zins- und Fälligkeitsbestimmungen festgelegt, zur erwartungsgemäßen Entstehung dieser Forderung bedarf es aber erst noch der Begründung, die sich regelmäßig im Wege eines Rechtsgeschäftes zwischen dem Gläubiger und dem in Aussicht genommenen Schuldner vollziehen wird. Vor Begründung des Schuldverhältnisses besteht (vorbehaltlich eines etwaigen Vorvertrages, etwa

---

[46]) S. 351, 352.

[47]) Dies läßt sich unschwer aus dem Umstande ableiten, daß das Gesetz, wenn es die Rechtsbegründung für eine nachträglich entstehende Forderung in § 1113 Abs. 2 BGB ausdrücklich zuließ, diese der in Abs. 1 der angegebenen Bestimmung grundsätzlich vorgesehenen gegenwärtigen Hypothekenforderung formell gleich behandelt.

[48]) die bereits als gegenwärtiges Vermögensrecht anzusehen ist; vgl. RGRKomm Vorbem. 4 vor §§ 158 ff. BGB im Anschluß an RGZ 67, 425 ff. (429, 430); 69, 416 ff. (421); ebenso Staudinger (10) Vorbem. 21 vor §§ 158 ff. BGB.

i. S. des § 610 BGB) keine schuldrechtliche Beziehung zwischen den Beteiligten; der Gläubiger hat keinen, wenn auch noch so wenig entwickelten Anspruch, der Schuldner ist in jeder Hinsicht frei.

Die dargestellten Unterschiede zwischen den beiden Fällen der noch nicht entstandenen Hypothekenforderung äußern sich einmal im Verhältnis vom Gläubiger zum Schuldner, zum anderen müssen sie notwendig auch zu einer Beeinflussung der auf der Hypothekenforderung beruhenden Aussicht des begünstigten Gläubigers auf nachträglichen Erwerb des Grundpfandrechts führen. — Im Falle der aufschiebend bedingten Forderung hat der Gläubiger als in Aussicht genommener nachmaliger Hypothekberechtigter bereits eine feste, grundsätzlich nur durch Bedingungsausfall vernichtbare, wenn auch noch nicht voll entwickelte Rechtsstellung inne. Die künftige Forderung dagegen als eine für später gedachte Beziehung zwischen einem bestimmten Gläubiger und einem bestimmten Schuldner gewährt dem Begünstigten als Grundlage der Anwartschaft nichts als wiederum die bloße Aussicht auf Begründung einer (schuldrechtlichen) Rechtsstellung. Dies ist, wenn im Rahmen der Darstellung allgemein von Gläubigerstellung gesprochen wird, zu berücksichtigen.

γ) Der (fremde) Gläubiger als dinglich nicht gesicherter nachmaliger Berechtigter.

Der Begünstigte wird in seiner auf der Gläubigerstellung beruhenden Anwartschaft dem vorläufigen Grundschuldberechtigten gegenüber nicht geschützt. Daraus folgt ganz allgemein, daß ihm aus der dinglichen Rechtslage heraus keine Handgabe gegeben ist, rechtliche Einwirkungen, die seine Erwerbsmöglichkeit beeinträchtigen oder vernichten, auszuschließen. Im besonderen folgt daraus aber, daß er in seiner Eigenschaft als eingetragener Nichtberechtigter, als unmittelbarer Besitzer des Hypothekenbriefes gegen die Ansprüche auf Berichtigung und Briefherausgabe Einwendungen nicht geltend machen kann. Das Schicksal der Anwartschaft ist damit dem Belieben des vorläufigen Grundpfandberechtigten ausgesetzt, sofern nicht besondere schuldrechtliche Abmachungen dem Gläubiger einen Erwerbsanspruch und damit die Möglichkeit geben, die ihm verliehene formale Stellung als Buchberechtigter und Briefbesitzer zu halten und derart die Verfügungsmacht des dinglich

nicht beschränkten einstweiligen Berechtigten empfindlich zu behindern.[49])

§ 4 III. Veränderungen der ursprünglichen Rechtslage bei Fortdauer der Vorläufigkeit.

Die vorangegangene Untersuchung diente der Aufgabe, zunächst dle Bedeutung und die Grenzen der dem Grundpfandrechte ausnahmsweise eigenen Vorläufigkeit, zugleich aber auch die ursprüngliche Rechtslage der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB zu kennzeichnen. In Auswertung der hier gewonnenen grundlegenden Ergebnisse sollen nunmehr die in den Grenzen, d. h. bei Fortdauer der besonderen Entwicklungsfähigkeit möglichen, insoweit „unschädlichen" Veränderungen dieser ursprünglichen Lage näher dargestellt werden. Dabei werden vorweg — unter a) — die unschädlichen Veränderungen der Rechtslage im allgemeinen zur Betrachtung gelangen, während als entsprechende besondere (also unter a) nicht zu erörternde) rechtliche Veränderungen anschließend unter b) und c) die unschädlichen Verfügungen des vorläufigen Grundschuldberechtigten (als solchen) und des nachmaligen Hypothekberechtigten mit Wirkung auf das Grundpfandrecht — nach der Rechtsstellung des Verfügenden gesondert — abzuhandeln sind.

a) Unschädliche Veränderungen der ursprünglichen Rechtslage im allgemeinen.

Im Sinne der hier vertretenen Auffassung ist die Vorläufigkeit als rechtliche Eigenschaft zu betrachten, die dem zunächst als Eigentümergrundschuld auftretenden Grundpfandrecht eine Entwicklung zur Hypothek des nachmaligen — im Grundfall fremden — Gläubigers ermöglicht, sobald nur dessen Forderung zur Entstehung gelangt. Ihre Grenzen und damit ihren Untergang findet die hier in Rede stehende besondere rechtliche Fähigkeit, abgesehen vom Untergange des Rechts und der Erreichung der vorgesehenen Endgestaltung kraft Rechtsgeschäfts oder im Wege gesetzmäßiger Entwicklung, einmal,

[49]) Eine solche schuldrechtliche Vereinbarung, die dem verpflichteten Eigentümer entgegengehalten werden kann (vgl. Staudinger (10) Anm. 36 zu § 894 BGB, Planck (5) Anm. VI 3 zu § 894 BGB), ist z. B. im Falle der Baugeldhypothek regelmäßig im Darlehensvorvertrag gegeben. der dem Eigentümer (und künftigen Schuldner) die Pflicht zur Hypothekbestellung v o r Darlehenshergabe auferlegt. Über das Versagen eines schuldrechtlichen Erwerbsanspruches im Einzelfalle vgl. die auf §§ 1192, 1163 Abs. 2 BGB abgestellten, aber auch vorliegend zutreffenden Ausführungen in RGZ 77, 106 ff. (109, 110).

sobald feststeht, daß die Forderung nicht mehr entstehen wird, ferner wenn die wahre Rechtsinhaberschaft und die grundbuchmäßige Legitimation zusammenfallen und schließlich im Falle wirksamen Rechtserwerbs aus der Hand des legitimierten Nichtberechtigten.

Unabweisbare Folge einer solchen Betrachtung ist die allgemeine Feststellung, daß keine sonstige innere oder äußere Veränderung der bei Rechtsbestellung gegebenen Rechtslage die besondere Eigenart des einmal entstandenen vorläufigen Rechtes beseitigen kann. — Insofern ist also ein nachträglicher Fortfall der bei Bestellung des Grundpfandrechts oder Begründung der aufschiebend bedingten Forderung vorhandenen Geschäftsfähigkeit der Beteiligten grundsätzlich ebenso gleichgültig wie eine nachträgliche nicht zur Übereinstimmung mit der Rechtslage führende Veränderung des Buchstandes oder der Besitzverhältnisse an einem etwa erteilten Briefe. Die Rechtswirkung, die nur durch gültige Rechtsbestellung gemäß § 1113 Abs. 2 BGB (und Forderungsbegründung im Falle des § 158 BGB) seitens der geschäftsfähigen (oder aber ggf. ordnungsmäßig vertretenen) Beteiligten, durch Eintragung einer Fremdhypothek und durch Verschaffung der Gewalt über den Brief hervorgerufen werden konnte, nämlich die Erscheinung eines sich unmittelbar infolge Forderungsentstehung entwickelnden Grundpfandrechtes, wird durch nachfolgenden Fortfall der erwähnten teils inneren, teils äußeren Umstände nicht mehr beeinträchtigt.

Die außerordentliche Bedeutung der vorangegangenen grundlegenden Feststellung, die sich als Folgerung aus dem Wesen der Vorläufigkeit und ihren Grenzen ergab, wird weiterhin und erst dann vollends offenbar, wenn man sich — bei Außerachtlassung der Verfügungen des Grundschuldberechtigten und des Hypothekberechtigten mit Wirkung auf das Grundpfandrecht — allein die Fülle der praktisch bedeutsameren allgemeinen rechtlichen Veränderungen vergegenwärtigt, die danach unbedenklich hingenommen und zugelassen werden können.

Betrachtet man zunächst die dem Besteller zugewiesene rechtliche Stellung und die sie betreffenden Veränderungen des Ausgangstatbestandes im allgemeinen, so verdient es Hervorhebung, daß der Eintritt einer Verfügungsbeschränkung, ja sogar der völlige Fortfall der Verfügungsmacht des Eigentümers und Grundschuldberechtigten, als eine nur unerhebliche Veränderung der ursprünglichen Rechtslage zu werten ist. — Das dingliche Recht bleibt nicht nur Eigentümergrundschuld, behält vielmehr auch seine besondere Fähigkeit ohne Rücksicht darauf, ob der Eigentümer und vorläufige Berechtigte vor der Rechts-

entwicklung in Konkurs gerät,[1]) das Pfandgrundstück im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen beschlagnahmt[2]) oder unter veränderten Verhältnissen zum Erbhof wird.[3]) Dies ist — in Bestätigung der hier vertretenen Auffassung — für den letzterwähnten Tatbestand sogar ausdrücklich gesetzlich klargestellt.[4]) Selbst der völlige Verlust des Eigentums durch den Besteller, sei es auf Grund Zuschlages oder im Wege einer rechtsgeschäftlichen Übereignung, verschiebt im wesentlichen nur das äußere Bild insofern, als das Grundpfandrecht hiermit zur Fremdgrundschuld wird, ohne dabei etwa die ihm eigene Vorläufigkeit einzubüßen. — Diese Feststellung, von der man in der Übung des Rechtsverkehrs zunächst völlig unbedenklich ausging, bedurfte, nachdem die unbegründet ablehnende Stellungnahme eines stark beachteten Erläuterungsbuches[5]) unnötige Zweifel hervorgerufen hatte, erst einer von der Praxis bewußt herbeigeführten höchstrichterlichen Bestätigung,[6]) steht aber, nachdem die erwähnte gegenteilige Ansicht auf einen offensichtlichen Irrtum zurückgeführt werden konnte,[7]) heute wieder mit Recht außer Streit. — Erwähnung verdient in diesem Zusammenhange allerdings der allgemein kaum beachtete Umstand, daß das zur Fremdgrundschuld gewordene Recht neben der ihm verbliebenen (außerordentlichen) Vorläufigkeit nunmehr auch die Fähigkeit zu ordnungsgemäßer Entwicklung in sich trägt, d. h. kraft Gesetzes — im Wege des Rechtsüberganges — wieder zur Eigentümergrundschuld zu werden vermag.

---

[1]) vgl. den entsprechenden Fall in RGZ 77, 106 ff., wo lediglich festgestellt wird, daß dem Konkursverwalter eine Einrede aus dem schuldrechtlichen Vorvertrage nicht entgegengehalten werden könne, die Möglichkeit einer Rechtsentwicklung schlechthin jedoch nicht geleugnet wird. Wegen der Wirkung einer nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des vorläufigen Berechtigten eintretenden Entwicklung gegenüber den Konkursgläubigern vgl. § 4 der Darstellung unter b) am Ende.

[2]) vgl. Güthe-Triebel Anm. 13 zu § 22 GBO, Oertmann Rechtsbedingung S. 191, Ackermann S. 244.

[3]) was für eine regelmäßige, endgültige Eigentümergrundschuld die Folge des § 26 Abs. 1 EHRV nach sich zieht.

[4]) Die Bestimmung des § 26 Abs. 2 EHRV erwähnt beispielhaft den praktisch häufigsten Fall der vorläufigen Eigentümergrundschuld und bestätigt damit den Grundsatz.

[5]) RGRKomm Anm. 2 zu § 1163 BGB.

[6]) RGJW 1937, 615.

[7]) RGJW 1937, 615 und vorher schon im Anschluß an die Stellungnahme von Planck (4) Anm. 3a zu § 1163 BGB unter Hinweis auf die sachliche Unhaltbarkeit der Gegenmeinung Ackermann S. 241–247, deren Ausführungen allerdings die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 158 ff. BGB zugrunde legen, im Ergebnis aber auch von dem hier vertretenen Standpunkt als zutreffend betrachtet werden müssen.

Das Hinzutreten der gewöhnlichen Entwicklungsfähigkeit zur Vorläufigkeit ist der letzteren in keiner Weise abträglich, äußert jedoch gewisse Rechtswirkungen.

In der Rechtsstellung des Bestellers, wie sie bereits dargelegt wurde, tritt nämlich infolge des Eigentumsverlustes und seiner Auswirkung auf das vorläufige Recht eine sachliche Änderung insofern ein, als er jetzt wie jeder fremde Grundpfandberechtigte zwar von den Beschränkungen des § 1197 BGB frei geworden ist, andererseits aber i. S. der §§ 1183, 880 Abs. 2 BGB durch die gesicherte Anwartschaft des neuen Eigentümers auf (bestimmungsgemäßen) Grundpfandrechtserwerb, die nunmehr neben die ungesicherte Anwartschaft des fremden Gläubigers tritt, erheblich eingeengt wird.

Hervorzuheben ist endlich, daß selbst die Person des Bestellers für die dargestellte Entwicklungslage keine wesentliche Bedeutung mehr hat. Sein Tod und seine Ersetzung durch einen Rechtsnachfolger (es ist an dieser Stelle zunächst an die Fälle der gesetzlichen und insbesondere der Gesamtrechtsnachfolge gedacht) ändern regelmäßig nicht einmal das äußere Bild der bereits erörterten Ausgangslage wesentlich. Der Nachfolger rückt in die Stellung ein, die seinem Rechtsvorgänger zustand, er wird entweder zum Eigentümer und Grundschuldberechtigten, oder er erwirbt eine dieser Rechtsstellungen. — Von Einfluß können solche Verschiebungen nur dort werden, wo der fremde Gläubiger der noch nicht entstandenen Forderung in dieser Weise dem Besteller nachfolgt. Treffen hierbei die Gläubigerstellung und das bloße Eigentum am Pfandgrundstück zusammen, so hat dies die bemerkenswerte Folge, daß bei Fortdauer dieses Zustandes die Entwicklung des Grundpfandrechtes anders als zunächst vorgesehen zur Hypothek des Eigentümers,*) der ja gleichzeitig Gläubiger ist, führen kann.

Kommt es jedoch bei solcher Gesamtrechtsnachfolge lediglich oder außerdem zu einer Vereinigung von Gläubigerstellung und wahrer Rechtsinhaberschaft am vorläufigen Rechte, so ist zu bedenken, daß jedenfalls im Rahmen der Vorläufigkeit Grundpfandberechtigung und Buchstand nicht zusammenfallen dürfen. Einzig dort also kann die Besonderheit des dinglichen Rechtes eine solche Vereinigung überdauern, wo — etwa infolge einer inzwischen erfolgten versehentlichen Löschung — der Gläubiger und nachmalige Hypothek-

*) Da die Verwandlung zur Eigentümerhypothek kraft Gesetzes vor sich geht, greifen die begründeten Bedenken, die gegen die rechtsgeschäftliche Umwandlung eines Grundpfandrechts in eine Eigentümerhypothek sprechen, nicht durch.

berechtigte nicht mehr die Buchstellung innehat und damit die unzulässige Übereinstimmung vermieden bleibt. Auch hier beschränkt sich allerdings für die Dauer der Vereinigung von einstweiliger Rechtsmacht und Gläubigerstellung die Vorläufigkeit begriffsnotwendig auf die Fähigkeit zur bloßen Verwandlung aus der Grundschuld- in die Hypothekform.[9])

Gleichfalls mit der Beschränkung, daß es hierdurch auch unter entsprechend veränderten Verhältnissen nicht zu einer Übereinstimmung von Buchstellung und Rechtsmacht kommen darf, ist im Rahmen der Vorläufigkeit die kraft Gesetzes vor sich gehende Einzelnachfolge des Eigentümers in das — etwa in der Hand des Grundstücksveräußerers — zum Fremdrecht gewordene vorläufige Grundpfandrecht (zumal i. S. der §§ 1142, 1144, 1192 Abs. 1 BGB) unbedenklich und unschädlich. Die Fremdgrundschuld, die Vorläufigkeit und regelmäßige Fähigkeit einer Entwicklung zum Eigentümerrecht in sich vereint, wird in Auswirkung der letzteren — nunmehr entfallenden — Fähigkeit ohne Änderung des Buchstandes wieder zum vorläufigen Recht des Eigentümers, der als Pfandberechtigter nur i. S. des § 1197 BGB eingeschränkt ist, verliert aber, da die maßgeblichen Grenzen nicht überschritten werden,[10]) die ihm verliehene außerordentliche Entwicklungsfähigkeit nicht. — Dagegen kommt in diesem Zusammenhange ein Verzicht (§ 1168 BGB) des aus dem Buche nicht ersichtlichen Fremdgrundschuldberechtigten als Grund einer Nachfolge des Eigentümers nicht in Betracht, da die in § 1168 BGB vorgesehene Eintragung die vorgängige Grundbuchberichtigung (§ 39 GBO) voraussetzt; die Fälle der §§ 1170, 1171 BGB können als praktisch bedeutungslos in diesem Rahmen unerörtert bleiben.

Während, wie dargetan, die Person des Bestellers und die verschiedensten Änderungen, die ihn betreffen, der Eigenart des hier behandelten dinglichen Rechts gegenüber grundsätzlich unerheblich sind, ist für die Betrachtung der übrigen Beteiligten sorgfältig zu unterscheiden:

Die Person des begünstigten fremden Gläubigers und die des vorgesehenen nachmaligen Schuldners sind nur im Falle

---

[9]) Eine ähnliche Beschränkung erleidet die regelmäßige Entwicklungsfähigkeit des Grundpfandrechts, wenn die Fremdhypothek zur Eigentümerhypothek wird.

[10]) Im Falle einer nur teilweisen Ablösung hat der in Höhe dieses Teiles nachfolgende Eigentümer gegen den fremden Inhaber der vorläufigen Grundschuld ggf. gem. § 1145 BGB auch einen Anspruch auf Erteilung einer Teilquittung in einem erteilten Brief. Dafür, daß die Geltendmachung dieses Anspruches die vorangehende Grundbuchberichtigung erfordert und deshalb im Rahmen der Vorläufigkeit nicht zugelassen werden kann, vgl. Soltau S. 77, 78 im Gegensatz zu den Ausführungen von Lent DNotZ S. 727.

einer aufschiebend bedingten Forderungsbegründung gleich bedeutungslos, da nur hier die Entstehung der Forderung unbeschadet ihres ursprünglichen Charakters sich regelmäßig [11]) auch zwischen Rechtsnachfolgern der beiden schuldrechtlich Beteiligten vollziehen kann. Sowohl die als gesicherte Anwartschaft i. S. der §§ 158, 161 BGB bereits gefestigte Rechtsstellung des Gläubigers wie die im Entwicklungszustande bereits gebundene Stellung des nachmaligen Schuldners sind ohne inhaltliche Änderung der Rechtsbeziehung übertragbar.[12])

Dagegen sind im Falle einer Rechtsbestellung für eine künftige Forderung weder der ursprünglich Begünstigte noch der zunächst vorgesehene Schuldner ersetzbar, da lediglich diese Personen selbst das einstweilen doch nur gewollte, als möglich gedachte Schuldverhältnis begründen können. Selbst ein Gesamtrechtsnachfolger des einen oder anderen wäre nur in der Lage, eine gleichwertige, nicht aber die bei Rechtsbestellung gedachte Hypothekenforderung zu verwirklichen. Diese Forderung würde vielmehr zu einer endgültig nicht entstandenen werden, sobald künftiger Gläubiger oder Schuldner als solche nachträglich entfallen.

Im Zuge einer — demnach nur bei aufschiebend bedingter Hypothekenforderung angängigen — völligen Ersetzung erhält der neu (z. B. kraft Erbganges) hinzutretende Gläubiger die gleiche dinglich ungesicherte Anwartschaft auf Erwerb des Grundpfandrechts, wie sie dem ursprünglich Begünstigten zukam. Lediglich in der nicht entscheidenden Buchstellung ergibt sich notwendig eine nur unwesentliche Abweichung von der Ausgangslage insofern, als nicht der Gesamtrechtsnachfolger, sondern sein Rechtsvorgänger als scheinbarer gegenwärtiger Hypothekberechtigter eingetragen ist. Indessen wird in seiner Eigenschaft als Gesamtrechtsnachfolger des noch im Grundbuche verzeichneten ursprünglich Beteiligten und schließlich ggf. durch den Briefbesitz auch der neue Gläubiger und Grundpfandrechtsanwärter zum Gegner der Ansprüche aus §§ 894, 985 BGB, sodaß die für die ursprüngliche Rechtslage der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB gegebene rechtliche Darstellung im wesentlichen Ergebnis auch hier zutrifft. Es bedürfte hier lediglich einer (z. B. auf Grund Erbscheins) durchaus

---

[11]) sofern nicht unter besonderen Umständen der Fortfall eines der Beteiligten zugleich den Bedingungsausfall mit sich bringt.

[12]) vgl. RGRKomm Vorbem. 4 vor §§ 158 ff., Anm. 3 zu § 158 BGB, Planck (4) Anm. 6 zu § 158 BGB, Staudinger (10) Vorbem. 21 vor §§ 158 ff. BGB, Oertmann Komm (3) Anm. 2a α u. β zu § 158, Anm. 3c β zu § 161 BGB, RGZ 67, 425 ff. (429, 430).

denkbaren „berichtigenden“ Eintragung des Rechtsnachfolgers, um damit auch äußerlich wieder das vollkommene Bild der Ausgangslage herzustellen, die dem nachmaligen Hypothekberechtigten von Anfang an die legitimierende Buchstellung zuwies.

Eine kraft Gesetzes vor sich gehende Nachfolge auf Seiten des nicht dinglich beteiligten Schuldners der aufschiebend bedingten Forderung führt, abgesehen von dem Umstande der Personenersetzung, zu keiner weiteren wesentlichen Änderung der ursprünglichen Rechtslage.

Daß im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unzweifelhaft auch der Besteller in die Rechtsstellung des Gläubigers oder Schuldners der bedingten Forderung eintreten kann, sei abschließend hervorgehoben. Die Rechtsfolgen, die sich bei fortdauernder Vereinigung von Eigentum und Gläubigerstellung, von vorläufiger und nachmaliger Berechtigung am Grundpfandrechte ergeben, sind bereits dargetan. — Zu einem Zusammentreffen von Buchstellung und wahrer Rechtsinhaberschaft — und damit zu einer Überschreitung der Grenzen der Vorläufigkeit — wird es im letzteren Falle einer kraft Gesetzes vor sich gehenden Rechtsnachfolge schon um deswillen nicht kommen, weil das Grundbuch nach wie vor den bisherigen Hypothekberechtigten, also den Rechtsvorgänger, ausweist, Buchstand und Rechtslage also auch weiterhin auseinanderfallen.

Andererseits aber darf es bei einer Rechtsnachfolge im Interesse der Vorläufigkeit nicht zu einer Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnerstellung kommen, da die Entstehung auch einer aufschiebend bedingten Forderung zwei verschiedene Beteiligte voraussetzt. Die — hier zunächst behandelte gesetzliche — Nachfolge des Schuldners in die Gläubigerstellung oder der umgekehrte Vorgang würden also die noch nicht entstandene zur endgültig nicht entstandenen Hypothekenforderung machen, d. h. die Vorläufigkeit beseitigen.

Die vorstehenden Erörterungen mögen genügen, um die Fülle, das Ausmaß und die Rechtsfolgen der in den Grenzen der Vorläufigkeit möglichen Veränderungen ganz allgemein erkennen zu lassen, ohne daß, was abschließend betont sei, bei der Vielgestaltigkeit des Rechtslebens hiermit etwa eine erschöpfende Aufzählung gegeben wäre. — Im weiteren Verfolg ist nun auf die besonders bedeutsamen rechtlichen Umgestaltungen der Ausgangslage einzugehen, die von den (dinglich) Beteiligten, dem Grundschuld- und dem Hypothekberechtigten, im Wege von Verfügungen mit Wirkung auf das Grundpfandrecht willkürlich und bewußt herbeigeführt

werden können, ohne daß hierdurch die besondere Entwicklungsfähigkeit des gemäß §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB ins Leben getretenen Grundpfandrechts betroffen und damit ausgeschlossen wird.

b) Unschädliche Verfügungen des vorläufigen Grundschuldberechtigten mit Wirkung auf (über) das Grundpfandrecht.

Das vorläufige Grundpfandrecht steht, wie bereits dargetan, von Anbeginn vorbehaltlos dem Eigentümer als Grundschuldberechtigten zu, der lediglich durch Buchstellung und ggf. Briefbesitz des Hypothekberechtigten behindert ist, diese Behinderung aber — mangels entgegenstehender schuldrechtlicher Abrede — zum Schaden der Vorläufigkeit bis zum Zeitpunkte der gesetzmäßigen Grundpfandrechtsentwicklung aufzuheben vermag.

Der einstweilen allein berechtigte Grundschuldinhaber, zunächst also der Eigentümer, vermag demnach jede Verfügung über das ihm zustehende dingliche Recht wirksam zu treffen. Dies bedarf der Hervorhebung, wenn anschließend lediglich diejenigen — für den Rechtsverkehr außerordentlich bedeutsamen — Verfügungen behandelt werden, die in den hier zu wahrenden Grenzen, also unter Aufrechterhaltung der dem dinglichen Recht verliehenen Vorläufigkeit angängig sind. Solche Verfügungen sind, dies sei vorausgeschickt, überhaupt nur dort denkbar, wo die rechtlichen Einwirkungen des Grundschuldberechtigten nicht notwendig die Grundbuchberichtigung voraussetzen, also zur Übereinstimmung von Buchstand und Rechtslage führen.

Mit dieser Feststellung wird nun, wenn man von der weiter unten noch zu erörternden Mitwirkung des legitimierten Nichtberechtigten absieht, von vornherein die Möglichkeit derartiger Verfügungen im Falle eines brieflosen Grundpfandrechts ausgeschlossen, da bei alleiniger Anwendbarkeit der §§ 873 ff. BGB jede Verfügung über das Recht eine Eintragung, mithin die — regelmäßig vorgängige, ausnahmsweise gleichzeitige [13]) —

---

[13]) Erstere kommt im Falle des Fremdrechts, letztere beim Eigentümerpfandrecht in Betracht; hier genügt statt der vorangehenden Berichtigung im Rahmen eines besonderen Vermerkes eine berichtigende Klarstellung im Wortlaute der zum Verfügungstatbestande gehörenden Eintragung (so RGRKomm Anm. 3 zu § 1163 BGB im Anschl. an RGZ 61, 374 ff. (379), ähnlich Staudinger (10) Anm. 36 zu § 1163 BGB, Planck (4) Anm. 4a zu § 1177 BGB; nur mit diesem Vorbehalt kann man der ständigen Rechtsprechung des KG — KGJ 20. A 190 ff. (193, 194); 282 ff. (285); 21, A 150 ff. (159); 22, A 171 ff. (172); 33, A 280 ff. (285); JFG 1. 485 ff. (487) u. a. m. — zustimmen).

Grundbuchberichtigung aus formellen Gründen (§ 39 GBO) erfordert, und so die hier zu beachtenden besonderen Grenzen überschreitet.[14])

Anders liegt es jedoch dort, wo gemäß §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB ein Briefrecht begründet worden ist. Auch hier ist zwar bei der grundsätzlichen Anwendbarkeit der §§ 873 ff. BGB für Verfügungen über das Grundpfandrecht das Eintragungserfordernis vorgesehen, sodaß etwa Inhalts- oder Rangänderungen (wiederum abgesehen von dem bereits erwähnten Falle der Mitwirkung des Buchlegitimierten) zur Berichtigung und damit zum Verlust der Vorläufigkeit führen. Für eine Reihe der praktisch bedeutsamsten Verfügungen, die Rechtsübertragungen, bietet sich jedoch auch in den Grenzen der Vorläufigkeit Gelegenheit.

Gemäß § 1154 Abs. 1 BGB ist zunächst für die Abtretung, d. h. die Vollübertragung des Grundpfandrechts, vorgeschrieben, daß die Abgabe einer schriftlichen Abtretungserklärung die Bucheintragung unnötig macht. Durch eine solche — teilweise formgebundene — Einigung und Briefübergabe (die letztere kann insbesondere durch Abtretung des Herausgabeanspruches ersetzt werden — §§ 1154 Abs. 1, 1117 Abs. 1, 931 BGB —) wird also das vorläufige Grundpfandrecht wirksam übertragen,[15]) ohne daß hierbei der wahre Grundpfandberechtigte im Grundbuche zum Ausdruck kommt.

Ungerechtfertigt ist deshalb die von Ackermann[16]) entwickelte Rechtsansicht, selbst durch eine solche Briefrechtsübertragung werde notwendig immer die Vorläufigkeit des dinglichen Rechtes beseitigt. Seine Begründung hierfür, der Gläubiger und nachmalige Hypothekberechtigte könne mangels einer dinglich gesicherten Anwartschaft dem Berichtigungsverlangen des neuen Grundschuldberechtigten angeblich keinen rechtlichen Einwand entgegensetzen, wie er dies auf Grund schuldrechtlicher Bindung des Bestellers bislang vermocht habe, geht von vornherein fehl. Auswirkung wie Versagen eines häufig, aber nicht notwendig gegebenen schuldrechtlichen Erwerbsanspruches müssen überhaupt bei dieser allein aus der dinglichen Rechts-

[14]) Die Auffassung Lents, Verfügungen über das vorläufige Buchrecht erforderten ausnahmsweise nicht die Eintragung (DNotZ S. 724), kann nicht gebilligt werden und steht, was aus seinen Ausführungen a. a. O. nicht ersichtlich ist, im Widerspruch zur allgemeinen Ansicht; vgl. hiergegen im einzelnen Weber S. 69, 70, Soltau S. 74, 75.

[15]) Nur Lent DNotZ S. 725 hält die Briefübergabe im Falle des vorläufigen Briefrechtes für entbehrlich; dagegen Weber S. 70, 72, 73, Soltau S. 75, 76, 78 mit eingehender Begründung.

[16]) zumal S. 348.

lage zu entscheidenden Frage als bloß zufällige Begleitumstände grundsätzlich außer Betracht bleiben. Sieht man aber von den in diesem Zusammenhange unwesentlichen schuldrechtlichen Nebenfolgen einmal ganz ab, so handelt es sich bei der Abtretung lediglich um einen Fall gewillkürter Rechtsnachfolge, der ebensowenig wie die bereits erörterten Tatbestände der gesetzlichen Rechtsnachfolge auf Seiten des Bestellers zu Bedenken Anlaß gibt. Der Umstand, daß die vorläufige Briefgrundschuld hierdurch in Gegensatz zu dem gleichartigen Buchrecht gerät, erklärt sich, wie entgegen der Ansicht Ackermanns weiterhin mit Recht allgemein betont worden ist,[17]) daraus. daß das Gesetz das Briefrecht bewußt mit dem Vorzuge einer erleichterten Verkehrsfähigkeit ausgestattet hat, eine Bevorzugung, die sich gerade hier als besonders wichtig und — vom Standpunkt der Praxis betrachtet — wertvoll erweist. Begriffliche Erwägungen, die die gleiche Behandlung der Rechtsübertragung bei vorläufigem Brief- und Buchpfandrecht erfordern,[18]) können danach nicht anerkannt werden. Die rechtspolitischen Bedenken Ackermanns,[19]) zumal gegen eine Abtretung zu Sicherungszwecken, sind bereits von Thümmler[20]) und Quincke[21]) mit überzeugenden Gründen zurückgewiesen worden. — Im Rahmen der Vorläufigkeit ist lediglich ein Sonderfall der an sich zulässigen Abtretung des Briefrechtes nicht angängig, die Abtretung des entwicklungsfähigen Grundpfandrechtes an den durch Buchstellung ausgewiesenen Gläubiger und nachmaligen Hypothekberechtigten, da hierdurch Buchstand und Rechtsinhaberschaft in Übereinstimmung gebracht würden.[22])

---

[17]) vgl. Obermair DNotZ S. 661, Dehne S. 666, Ehrenforth S. 3219, 3220, Quincke S. 1087, Thümmler DNotZ S. 766, 767.

[18]) so Ackermann S. 358, 359.

[19]) S. 359, 671, 672.

[20]) DNotZ S. 763, 764, BankA S. 440.

[21]) S. 1088

[22]) Dies wird z. B. für solche Hypothekenbanken außerordentlich bedeutsam, die vor Auszahlung des langfristigen Hypothekendarlehns außerdem einstweilen einen kurzfristigen Zwischenkredit aus eigenen verfügbaren Mitteln gewähren. Die Sicherung dieses Zwischenkredites kann hier ausnahmsweise nicht durch eine sofort wirkende Abtretung des vorläufigen Rechtes vorgenommen werden, da sonst die besondere Entwicklungsfähigkeit des dinglichen Rechtes behoben würde. Es kann demnach, sollen besondere Sicherungskosten vermieden werden, in diesem Falle nur eine aufschiebend bedingte Abtretung des vorläufigen Rechtes derart zugelassen werden, daß die volle Geschäftswirkung erst und nur dann eintritt, wenn die endgültige Nichtentstehung der Hypothekenforderung feststeht. — Damit ist dem Sicherungsbedürfnis des Zwischenkreditgebers für diesen Fall Genüge geleistet; sofern es zur Gewährung des Hypothekendarlehns kommt, schützt den Gläubiger die Aufrechnungsmöglichkeit.

Die im übrigen unbedenkliche Abtretung des vorläufigen Briefrechtes gemäß §§ 1154, 1117, 931 BGB verändert als ein Tatbestand der Sonderrechtsnachfolge die ursprüngliche Rechtslage lediglich insofern, als der Abtretungsempfänger in die bisher dem abtretenden Grundschuldberechtigten zustehende unbeschränkte aber vergängliche Inhaberstellung am vorläufigen Rechte eintritt.[23]) Im Rechtsverkehr wird der Erwerber sich regelmäßig mit der Verschaffung des mittelbaren Besitzes am Briefe begnügen, obwohl auch die Erlangung des unmittelbaren Besitzes durch den vorläufigen Berechtigten für die außerordentliche Entwicklungsfähigkeit des Grundpfandrechtes unerheblich ist und lediglich den Anspruch auf Briefherausgabe (§ 985 BGB), der bei ursprünglicher Lage gegen den Gläubiger und nachmaligen Hypothekberechtigten gegeben war, mit der Erfüllung zum Untergang bringt.[24])

Neben der Vollübertragung des vorläufigen Rechtes, deren besondere Bedeutung zumal im Zusammenhange der Baufinanzierung bereits hinreichend gekennzeichnet ist, erfordern jedoch auch Verfügungen wie Verpfändung, Nießbrauchsbestellung und die in diesem Zusammenhange gleichfalls zu behandelnde Pfändung des Briefrechtes — sämtlich Übertragungen abgezweigter Inhaberbefugnisse - - besondere Beachtung.

---

[23]) wobei das vorläufige Recht allenfalls — mit den bereits dargestellten Folgen — aus einer Eigentümergrundschuld zur Fremdgrundschuld werden kann oder einen umgekehrten Wandel durchmachen mag. - - Aus der grundlosen Befürchtung, der erstere Wandel (zur Fremdgrundschuld) schaffe der unmittelbaren Entwicklung des vorläufigen Rechts zur Gläubigerhypothek ein unübersteigbares Hindernis, erklärt sich der z. B. im Rahmen der Baufinanzierung bei vielen Zwischenkreditinstituten übliche Brauch, nur auflösend bedingte Abtretungen vorläufiger Eigentümergrundschulden des Inhalts entgegenzunehmen, daß mit der Entstehung der Hypothekenforderung das dingliche Recht zunächst an den Abtretenden zurückfällt, um sich alsdann erst zu „entwickeln". Ein derartiges Verfahren ist zwar unschädlich, muß aber als völlig unnötige Komplizierung eines an sich einfachen und klaren Entwicklungszustandes und Ablaufes für die Praxis abgelehnt werden.

[24]) Bei der Teilabtretung wird die Übertragung des Alleinbesitzes durch Einräumung des Mitbesitzes (des unmittelbaren oder mittelbaren) ersetzt; so Staudinger (10) Anm. 28 zu § 1154, Anm. 1 zu § 1152 BGB und im Anschluß an RGZ 69, 36 ff. (39) auch RGRKomm Anm. 3 zu § 1154 BGB. Wenn allerdings in RGRKomm a. a. O. weiterhin die gesteigerten Anforderungen eines qualifizierten Mitbesitzes aufgestellt werden, so kann dem nicht gefolgt werden, zumal dies Erfordernis, wie die ausdrückliche Bezugnahme ergibt, auf eine mißverständliche Auslegung von RGZ 85, 431 ff. (439, 440) zurückzuführen ist. In dieser Entscheidung handelt es sich um Verpfändung (§ 1206 BGB), nicht Abtretung eines Grundpfandrechts. Darüber, daß die Bildung von Teilbriefen erst nach Richtigstellung des Buches — also im Rahmen der Vorläufigkeit nicht — möglich ist, vgl. Soltau S. 77 zu Anm. 13.

Gemäß § 1274 BGB erfolgt die Verpfändung des Rechtes nach den für die Übertragung geltenden Vorschriften. Der vorläufige Grundschuldberechtigte ist also in der Lage, das ihm zustehende Grundpfandrecht in der Weise zu verpfänden, daß er durch entsprechende schriftliche Erklärung unter Übergabe des vom unmittelbaren Besitzer etwa angeforderten Hypothekenbriefes oder zumal unter Übertragung des mittelbaren Besitzes (§§ 1274 Abs. 1 S. 2, 1205 Abs. 2 BGB) bei Anzeige an den unmittelbaren Briefbesitzer die rechtsbegründende Grundbucheintragung (und damit -berichtigung) vermeidet. Ebenso ist eine, allerdings praktisch wohl kaum vorkommende, Nießbrauchsbestellung entsprechend §§ 1069, 1154 BGB am vorläufigen Grundpfandrecht unbedenklich zuzulassen. Wesentlichere Bedeutung kommt dagegen dem Umstande zu, daß gemäß §§ 857 Abs. 6, 830 ZPO eine Pfändung[25]) des vorläufigen Briefrechtes unter Vermeidung einer Bucheintragung möglich ist, die allerdings notwendig die tatsächliche Briefübergabe an den Pfandgläubiger (notfalls Wegnahme) erfordert, d. h. zum Besitzverlust des Gläubigers und nachmaligen Hypothekberechtigten führt.

In all diesen Fällen leidet die Fähigkeit des Grundpfandrechtes, sich zur Gläubigerhypothek zu entwickeln, keineswegs, da eine Kenntlichmachung des wahren Grundpfandberechtigten im Grundbuche vermieden wird und, wie bereits dargetan, eine nachmalige Beschränkung der Verfügungsmacht des Bestellers und vorläufigen Grundschuldberechtigten unerheblich ist. Unter Veränderung der zunächst gegebenen äußeren Rechtslage verliert allenfalls der Hypothekberechtigte zugunsten des am vorläufigen Rechte beschränkt berechtigten Pfandgläubigers oder Nießbrauchers den Besitz am Briefe, wodurch der ursprünglich vorhandene Anspruch auf Briefherausgabe entfällt.

Sachlich wirken sich die angegebenen Verfügungen insofern wesentlich aus, als nunmehr neben dem vorläufigen Grundschuldberechtigten auch Pfandgläubiger oder Nießbraucher als gleichfalls nicht eingetragene gegenwärtige Berechtigte am vorläufigen Grundpfandrecht einen selbständigen Anspruch auf Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB) wegen ihres Pfandrechtes oder Nießbrauches erhalten, durch dessen Geltendmachung auch sie die Vorläufigkeit des dinglichen Rechts beseitigen können.[26]) Auch ihre — sachlich nicht eingeschränkte — Rechtsmacht am Grundpfandrechte muß jedoch ebenso wie die Rechtsstellung

[25]) ggf. auch Überweisung (§ 837 ZPO)

[26]) Die berichtigende Eintragung des Pfandrechts oder Nießbrauchs erfordert die vorherige – allenfalls gleichzeitige – Kenntlichmachung des wahren Inhabers des vorläufigen Rechtes (§ 39 GBO).

des Grundschuldberechtigten vergänglich sein, d. h. Pfandrecht und Nießbrauch müssen im Augenblick der gesetzmäßigen Entwicklung des belasteten Rechtes untergehen. Diese Feststellung, die die herrschende Ansicht mühelos mit einer allerdings unzulässigen entsprechenden Anwendung des § 161 BGB rechtfertigt,[27]) ergibt sich bei der hier zugrunde gelegten Auffassung als eine unabweisbare Folgerung aus der dem Grundpfandrecht innewohnenden Fähigkeit zum Wechsel der Rechtsform, d. h. zur Verwandlung.[28])

Solange das Grundpfandrecht vorläufig als Grundschuld auftritt, isi es, wie jedes Recht dieser Form, selbständig, fähig eines eigenen Schicksals und geeignet, Gegenstand dinglicher Rechte zu sein. Erlangt es jedoch die Hypothekform, so verliert es gerade diese wichtige Eigenschaft. Hinfort kann, solange die Form des § 1113 BGB andauert, nur noch die nachträglich zur Entstehung gelangte Hypothekenforderung für das Schicksal des nunmehr dem Sicherungszwecke dienenden Rechtes maßgeblich sein. Die Inhaberschaft an der Forderung, ein Pfandrecht oder Nießbrauch an dieser erstrecken sich notwendig zugleich auf das seiner Selbständigkeit und seiner eigenen Verkehrsfähigkeit einstweilen entkleidete Recht. Die besondere Fähigkeit zur Verwandlung macht es also möglich, daß ein bisher für sich allein zu übertragendes oder zu belastendes Recht sich einem anderen Vermögensrechte, der Hypothekenforderung, derart verbindet, daß es nunmehr nur noch als Begleiter dieser Forderung erworben oder belastet werden kann.

Diese bei der vorläufigen Grundschuld vorhandene eigenartige Fähigkeit kann in ihrer vollen Rechtsbedeutung allein aus der dem Grundpfandrecht innewohnenden regelmäßigen Eignung zum entgegengesetzten (bestimmungsgemäßen) Formwechsel nicht verstanden werden und die rechte Bewertung finden. Ihre Auswirkung insbesondere läßt sich vielmehr nur bei Berücksichtigung eines zunächst scheinbar fernliegenden Rechtsvergleichs klar erkennen.

Wie die Grundschuld so ist die bewegliche Sache Gegenstand des Rechtsverkehrs, so wie die Hypothek ist der wesentliche Bestandteil unfähig, Gegenstand besonderer Rechte zu sein. Die Rechte an der Hauptsache (oder am Grundstück) erstrecken sich auf den Bestandteil. Jede bewegliche Sache, die zunächst selbständiger Vermögensgegenstand ist, kann durch

---

[27]) vgl. nur Planck (4) Anm. 4c zu § 1177 BGB.

[28]) nicht aber aus der Fähigkeit zum Inhaberwechsel. Ein solcher Rechtsvorgang läßt beschränkte dingliche Rechte am übergehenden Recht grundsätzlich unberührt.

tatsächliche Vorgänge (§§ 946 ff. BGB) zum wesentlichen Bestandteil einer anderen (Haupt-) Sache werden, sie ist geeignet, eine entsprechende „Verwandlung" von der Selbständigkeit zur Unselbständigkeit durchzumachen, wie sie dem vorläufigen Grundpfandrecht bestimmt ist. Findet nun ein derartiger tatsächlicher Vorgang, etwa eine Verbindung, statt, so stellt das Gesetz in den §§ 946, 947, 949 BGB ausdrücklich klar, daß alle an der bislang selbständigen Sache bestehenden dinglichen Herrschaftsrechte erlöschen. — Ist aber eine solche — begriffsnotwendige — Rechtsfolge für körperliche Gegenstände mit aller Deutlichkeit ausgesprochen, so bestehen keine Bedenken, das Gleiche auch für eine mit gleichen Auswirkungen ausgestattete rechtliche Veränderung unkörperlicher Gegenstände anzunehmen, der das Gesetz eine ausdrückliche Regelung überhaupt versagt hat. Die Unterschiede zwischen dem einen und dem anderen Rechtsvorgange — der natürlichen Eignung und der kraft Gesetzes verliehenen rechtlichen Fähigkeit — sind jedenfalls zu geringfügig, als daß man um ihretwillen der für den einen Tatbestand getroffenen Klarstellung die rechtsgrundsätzliche Bedeutung auch für den anderen Tatbestand absprechen könnte.[29])

Die Vorläufigkeit des Grundpfandrechtes erfordert also, da sie zumal eine Verwandlung aus der Grundschuld- in die Hypothekform ermöglicht, zwingend den Schluß, daß die an diesem Rechte begründeten begrenzten Rechte wie Nießbrauch und Pfandrecht, obwohl sie dem Inhaber die volle sachliche Befugnis verleihen, in ihrem Bestande vergänglich, d. h. abhängig von der Entwicklung des belasteten Rechtes sind, die notwendig ihren Untergang herbeiführt.

Das Gleiche gilt übrigens selbst für die durch Konkursbeschlagnahme, d. h. einen besonderen Fall der Zwangsvollstreckung, begründeten Rechte der Konkursgläubiger an der dem Gemeinschuldner zustehenden (zunächst massezugehörigen) Grundschuld, die, wie bereits dargetan, ihre Entwicklungsfähigkeit durch Eröffnung eines solchen Verfahrens nicht verliert. Die Massezugehörigkeit ist — solange die Eigenart des dinglichen Rechtes nicht beseitigt wird — vergänglich und geht durch die Entwicklung mit Wirkung gegen die Konkursgläubiger

[29]) Ein Unterschied ist allerdings insofern vorhanden, als die Verbindung körperlicher Gegenstände zufällig oder willkürlich zustande kommt, während die Verwandlung des Grundpfandrechts einer von vornherein festgelegten Bestimmung entspricht. Ein schuldrechtlicher Ausgleich des Rechtsverlustes, wie er in § 951 BGB für den ersteren Vorgang vorgesehen ist, kann im hier behandelten Tatbestande einer erwartungsgemäßen Verwandlung nicht in Betracht gezogen werden.

verloren, da die Bestimmung des § 15 KO, die einen kraft Gesetzes vor sich gehenden gewöhnlichen Rechtserwerb nur mit beschränkter Wirkung zuläßt, gegenüber einem Rechtsvorgange, wie ihn die Verwandlung aus der Grundschuld- in die Hypothekform darstellt, ebenso wie im Tatbestande einer Verbindung oder Ersitzung versagen muß.[30])

Damit sind die dem vorläufigen Grundschuldberechtigten im Rahmen der Vorläufigkeit gestatteten Verfügungen über und mit Wirkung auf das Grundpfandrecht, denen auch die entsprechenden Einwirkungen im Wege der Vollstreckung zuzuzählen waren, im wesentlichen erschöpft und in ihrer Auswirkung hinreichend gekennzeichnet. — In Vervollständigung des gegebenen Überblickes sind anschließend die dem nachmaligen Hypothekberechtigten möglichen gleichartigen rechtlichen Einwirkungen zu behandeln, die bei fortdauernder Vorläufigkeit zugelassen werden können.

c) Unschädliche Verfügungen des nachmaligen Hypothekberechtigten mit Wirkung auf das Grundpfandrecht.

Dem Begünstigten (oder seinem Rechtsnachfolger bei Hypothekbestellung für eine aufschiebend bedingte Forderung) kommt, wie bereits dargetan, bis zur Entstehung der Hypothekenforderung und damit zur Entwicklung des Grundpfandrechts eine gegenwärtige sachliche Verfügungsmacht nicht zu; hinsichtlich des vorläufigen Rechtes ein „Nichtberechtigter", ist er zu sachlich-rechtlichen Einwirkungen auf das dingliche Recht nicht befugt. Kraft der ihm verliehenen Buchstellung und ggf. vermöge seines Briefbesitzes ist er gleichwohl von vornherein formell in den Stand gesetzt, Verfügungen unter Einhaltung der vorgeschriebenen Rechtsförmlichkeiten bei Brief- und Buchgrundpfandrecht vorzunehmen,[31]) die auch eine sachlich-recht-

[30]) nicht aber, weil die vorläufige Grundschuld ein auflösend bedingtes Recht sei (so Oertmann Rechtsbedingung S. 191, Güthe-Triebel Anm. 13 zu § 22 GBO); hiergegen mit Recht Planck (4) Anm. 3c zu § 1163 BGB, Jaeger Anm. 16 u. 23 zu § 15 KO. — Letzterer berücksichtigt indessen, wenn er überhaupt einen Erwerb mit Wirkung gegen die Konkursgläubiger im Hinblick auf § 15 KO hier ablehnt, nicht die Übereinstimmung des Entwicklungsvorganges zumal mit der Verbindung, die er (Anm. 11 zu § 15 KO) als voll wirksam zuläßt.

[31]) Dies ist praktisch ein Vorzug gegenüber der Rechtsstellung, die dem Eigentümer im regelmäßigen Entwicklungsgange des Grundpfandrechts als nachmaligem Grundschulderwerber zukommt. Dieser kann, da ihm die Buchstellung fehlt und das Recht z. Z. auf den Namen des gegenwärtigen Inhabers eingetragen ist, wegen formeller Unzulässigkeit einer rechtsbegründenden Eintragung über das ihm später anfallende b r i e f l o s e Recht nicht verfügen; so die in der Rspr. herrschende Ansicht: u. a. RGZ 61, 374 ff. (381). KGJ 33, A 280 ff. (286).

liche Einwirkung auf das dingliche Recht — unter besonderen Voraussetzungen sogar schon vor der Entwicklung zur Gläubigerhypothek — nach sich ziehen können.

Bei der hier behandelten Rechtslage sind insbesondere zwei Arten von Verfügungen des einstweilen Nichtberechtigten auseinanderzuhalten: Rechtsgeschäfte, die sich unmittelbar auf das Grundpfandrecht auswirken sollen - Verfügungen über das Grundpfandrecht — und solche Geschäfte, die zunächst und unmittelbar die künftige oder aufschiebend bedingte Forderung, die Grundlage der Anwartschaft des nachmaligen Hypothekberechtigten, betreffen, aber mittelbar auch auf das dingliche Recht wirken können — Verfügungen über die Hypothekenforderung —.

1. Verfügungen über das Grundpfandrecht.

Vor Erwerb des Grundpfandrechts vollzogene Verfügungen des Hypothekberechtigten können bei dem Mangel wahrer Verfügungsmacht des nur Legitimierten zu einer unmittelbaren Rechtswirkung grundsätzlich nur dort führen, wo die besonderen Gültigkeitsvoraussetzungen der §§ 185, 892, 893 (1138) BGB verwirklicht sind oder werden und dem sonst unwirksamen Rechtsgeschäft zum Erfolge verhelfen. Daneben sind allerdings auch solche Maßnahmen des Nichtberechtigten als Verfügungen über das Grundpfandrecht im weiteren Sinne zu behandeln, die zwar an sich sachlich-rechtlich bedeutungslos sind und bleiben, d. h. lediglich in der Abgabe formell erforderlicher Bewilligungen bestehen, aber im Ergebnis die Rechtswirkung der Verfügung eines anderen - des Eigentümers — dadurch mitherbeiführen, daß sie die rechtsbegründende Bucheintragung ermöglichen.

Unter den hiernach denkbaren Verfügungen des Hypothekberechtigten im weitesten Sinne ist unter den gegebenen Umständen insbesondere zu scheiden, ob diese zu einer Einwirkung auf das Grundpfandrecht — ohne Schaden für die Vorläufigkeit — schon vor Rechtsentwicklung führen können oder in den hier zu wahrenden Grenzen frühestens mit diesem Zeitpunkt Wirksamkeit erlangen dürfen.

α) Verfügungen über das Grundpfandrecht mit Wirkung vor Rechtsentwicklung.

Als zulässige Verfügungen des einstweilen nicht berechtigten, aber ausreichend ausgewiesenen Hypothekberechtigten, die eine Rechtswirkung schon vor (und damit unabhängig vom) Eintritt der Rechtsentwicklung äußern mögen, kommen, da die

zu einem gültigen Rechtserwerb vom Nichtberechtigten oder zum Rechtsuntergange führenden Geschäfte notwendig außer Betracht bleiben, im Rahmen der Vorläufigkeit ausschließlich solche rechtsändernden Verfügungen über das von Anfang an unrichtig eingetragene Grundpfandrecht in Frage, die nicht die Schlußgestaltung der Gläubigerhypothek herbeiführen.

Im Zusammenhange der hiernach ohne weiteres zulässigen Rechtsgeschäfte über das vorläufige Recht ist zunächst an die Inhaltsänderungen (§ 877 BGB) wie etwa Änderung von Zahlungszeit und -ort (§ 1119 Abs. 2 BGB) zu denken. Hierher sind aber auch um der gewollten rechtsändernden Wirkung willen Verfügungen, wie die Ausschließung des zunächst vorgesehenen Briefes (§ 1116 Abs. 2 BGB) oder die Aufhebung solcher Ausschließung (§ 1116 Abs. 3 BGB) sowie endlich die — gerade in dem vorliegenden Zusammenhange praktisch sehr häufige — Rangänderung (§ 880 BGB) zu zählen.

Alle derartigen formell vom buchlegitimierten Nichtberechtigten vorgenommenen Verfügungen, die tatbestandsmäßig immer eine Mitwirkung des Eigentümers (§§ 877, 1119, 1116 BGB) oder ausnahmsweise eines Dritten (§ 880 BGB) ggf. unter Zustimmung des Eigentümers (§ 880 Abs. 2 S. 2 BGB) voraussetzen, erfordern bei Buch- und Briefrecht gleichermaßen eine Grundbucheintragung. Da sie sich aber — auch wo sie vor Rechtsentwicklung Wirkung äußern — stets als Verfügungen über eine scheinbare Gläubigerhypothek darstellen,[32]) führen sie insbesondere keinesfalls zur Übereinstimmung von Buchstand und Sachberechtigung oder zum Erwerb einer Rechtsstellung am vorläufigen Grundpfandrecht aus der Hand eines Nichtberechtigten, halten sich also innerhalb des hier maßgeblichen Rahmens.

Zu einer Einwirkung vor der Rechtsentwicklung, d. h. schon auf das vorläufige Recht, können sie aus folgenden Gründen führen: Ist der Eigentümer zugleich Inhaber des Grundpfandrechts, so ist es in Wahrheit seine in diesem Zusammenhange dem Grundbuchamt gegenüber abgegebene einseitige Erklärung[33]) (Antrag oder Bewilligung), die die Inhaltsänderungen entsprechend §§ 877, 1119, 1116 BGB gültig werden läßt, während die Beteiligung des Legitimierten eine rein formale ist. — Mit

[32]) Als solche werden sie auch entsprechend § 62 GBO im erteilten Hypothekenbriefe vermerkt; vgl. zur Erledigung der von Lent DNotZ S. 726 in diesem Zusammenhange aufgeworfenen Fragen im einzelnen Soltau S. 77.

[33]) für die rechtliche Maßgeblichkeit einer einseitigen Willenserklärung des Eigentümers im Falle der Eigentümergrundschuld vgl. Staudinger (10) Anm. 2 zu § 1196 BGB, Biermann Komm Anm. 1 zu § 1196 BGB; etwas abweichend Planck (4) Anm. 2b zu § 1197 BGB.

besserem Recht wird man dort von einer Verfügung des Nichtberechtigten sprechen, wo wie im Falle der Rangänderung (§ 880 BGB) die in der Einigung enthaltene Willenserklärung des Hypothekberechtigten und damit die Rechtsänderung vor der Entwicklung des Grundpfandrechts aus dem Gesichtspunkt des § 185 BGB sich auswirkt. Hier ist übrigens zu berücksichtigen, daß die zum Rangrücktritt erforderliche Zustimmung des Eigentümers (§ 880 Abs. 2 S. 2 BGB), soweit sie dem Nichtberechtigten oder dem Vorrückenden gegenüber erklärt wird, zugleich Rechtsbedeutung i. S. der §§ 182, 185 BGB hat. — Der Erwähnung bedarf allerdings, daß im Falle der Rangänderung ebensogut auch die maßgebliche Einigung vom Eigentümer als dem wahren Grundpfandberechtigten mit dem Dritten getroffen, die Verfügung des Nichtberechtigten im Rahmen dieses Rechtsgeschäftes also gleichfalls auf eine rein formale Beteiligung zurückgeführt werden kann.

Anders liegt es dort, wo ein Dritter vorläufiger Grundpfandberechtigter ist, die Eigentümergrundschuld also zur Fremdgrundschuld geworden ist. Hier kommt als Gültigkeitsvoraussetzung einer (echten) Verfügung des Nichtberechtigten — wie sie in der Einigung des Hypothekberechtigten mit dem Eigentümer oder einem Dritten zu erblicken ist — neben der Vorschrift des § 185 BGB auch die Bestimmung des § 893 (892, 1138) BGB in Betracht, und zwar beim Rangrücktritt des vorläufigen Rechtes zugunsten des Vorrückenden, sonst zugunsten des Eigentümers.[34])

Die angeführten schon vor Rechtsentwicklung wirksamen und als solche im Rahmen der Vorläufigkeit gestatteten Verfügungen des nachmaligen Hypothekberechtigten führen im Ergebnis zu einer Rechtsänderung, zumal einer Änderung des Inhaltes oder Ranges, und damit zur unmittelbaren Einwirkung auf das vorläufige Grundpfandrecht, die für dieses bedingungslos maßgeblich bleibt, insbesondere also auch die nachträgliche Entwicklung zur Hypothek des Gläubigers[35]) überdauert.

Eine besondere Berücksichtigung in der Reihe der vor Rechtsentwicklung gültigen Verfügungen unter Beteiligung des legitimierten Hypothekberechtigten verdient die von Acker-

[34]) vgl. RGRKomm Anm. 4 zu § 893, Anm. 2 zu § 880 BGB, Staudinger (10) Anm. 5 u. 6 zu § 893 BGB, Planck (5) Anm. 1b α zu § 893 BGB.

[35]) Diesen trifft denn auch, vorbehaltlich besonderer schuldrechtlicher Vereinbarung, eine Verpflichtung zu solcher Einwirkung nicht. Im Rechtsleben allerdings machen vorläufiger und nachmaliger Grundpfandberechtigter gerade von der Möglichkeit, die formale Rechtsstellung zu solchen — gemäß § 185 BGB wirksamen — Verfügungen im Rahmen der Vorläufigkeit auszunutzen, vielfach Gebrauch.

mann[36]) zumal in ihrer Bedeutung für den Gläubigerwechsel vor Rechtsentwicklung zutreffend gewürdigte Forderungsauswechselung (§ 1180 BGB), die unter besonderen Voraussetzungen zu einer in den Grenzen der Vorläufigkeit zulässigen außerordentlich wesentlichen Rechtswirkung führen kann.

Steht nämlich das vorläufige Recht in Wahrheit dem Eigentümer als Grundschuldberechtigten zu, so vermag dieser unter Mitwirkung des zureichend legitimierten Hypothekberechtigten und ggf. eines Dritten im Wege des Forderungsaustausches (§ 1180 Abs. 1 u. 2 BGB) das Grundpfandrecht unter Aufrechterhaltung seiner Eigenart mit einer anderen Forderung dergestalt zu verknüpfen, daß neuerdings für die Entwicklung des Rechtes zur Hypothek des — bisher vorgesehenen oder eines dritten — Gläubigers die Entstehung oder Nichtentstehung der zunächst vorgesehenen aufschiebend bedingten oder künftigen Forderung bedeutungslos, dafür aber der Eintritt anderer Rechtstatsachen maßgeblich wird. — Dies bedarf, da die Anwendbarkeit des § 1180 BGB auf den hier gegebenen Sachverhalt nicht völlig außer Zweifel steht, einer eingehenden Darlegung.

Nach der Behandlung im § 1180 BGB ist die Forderungsauswechselung als Änderung des Inhaltes[37]) eines bestehenden Grundpfandrechts, und zwar in dem Sinne aufzufassen, daß an die Stelle einer bislang durch Hypothek gesicherten Forderung, die mit Willen des Gläubigers aus der Sicherung ausscheidet, eine andere Forderung des bisherigen oder eines dritten Gläubigers als nunmehr für das dingliche Recht maßgebliche Hypothekenforderung gesetzt wird. Begrifflich und der Sache nach umfaßt und ersetzt also diese Verfügung — die neben der Eintragung die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger der Ersatzforderung und, falls dieser nicht der bisherige Gläubiger ist, dessen Zustimmung erfordert (§ 1180 Abs. 1 u. 2 BGB) — zwei verschiedene Rechtsvorgänge: die Freigabe durch den bisherigen Hypothekengläubiger, der das ihm zustehende Grundpfandrecht dem Eigentümer zuweist, und die erneute Umgestaltung des Rechts zur Hypothek des (bisherigen oder dritten) Ersatzgläubigers.[38]) In der Erkenntnis, daß der letztere Vorgang ein Gegenstück zur Rechtsbestellung gemäß § 1113 BGB

---

[36]) S. 353 — 355.

[37]) so RGR Komm Anm. 1 zu § 1180 BGB, Biermann Komm Anm. zu § 877 BGB, Staudinger (10) Anm. 6 zu § 1180 BGB, allerdings unter Hinweis auf eine mögliche andere wirtschaftliche Auffassung für den Fall des § 1180 Abs. 2 BGB.

[38]) vgl. die Ausführungen in KGJ 45, A 286 ff. (288) und bei Planck (4) Anm. 1 zu 1180 BGB i. Anschl. an Prot 3, S. 726.

darstellt, läßt man ganz allgemein statt einer voll rechtsbeständigen auch eine noch nicht entstandene, ja sogar eine in Wahrheit nichtige Ersatzforderung mit den Rechtsfolgen aus §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB zu, hält auch, obwohl das Gesetz hierüber schweigt, die Vorschrift, des § 1117 (ggf. i. V. m. §§ 1163 Abs. 2, 1177 Abs. 1 S. 1) BGB für anwendbar.[39]) Dem ersteren Rechtsvorgange einer Zuweisung der bisherigen Gläubigerhypothek an den Eigentümer erkennt man, falls entsprechend §§ 1163 Abs. 1 S. 1 oder Abs. 2 (1177 Abs. 1 S. 1) BGB die Umgestaltung zur Hypothek des Ersatzgläubigers nicht oder noch nicht erfolgt ist, auch für sich allein eine selbständige Rechtsbedeutung im Sinne eines Verzichts (§§ 1168, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB) zu.[40])

Andererseits wird verschiedentlich als Voraussetzung dieses ersteren Vorganges und damit für die Anwendbarkeit des § 1180 BGB überhaupt — eine rechtsbeständige ursprüngliche Forderung und ein in Wahrheit als Gläubigerhypothek gestaltetes Grundpfandrecht gefordert,[41]) ohne daß allerdings ein zwingender Grund hierfür ersichtlich wäre. Der bloße Gesetzeswortlaut kann für eine solche Ansicht jedenfalls nicht gut herangezogen werden, zumal man auf der anderen Seite das Erfordernis einer ebenfalls rechtsbeständigen Ersatzforderung, das nach der Fassung des § 1180 BGB mit gleichem Grunde aufgestellt werden könnte, allgemein mit Recht völlig beiseite läßt. Wenn man überdies sogar Bedenken gegen eine entsprechende Anwendung des § 1180 BGB auf Grundschulden schlechthin (gem. § 1192 Abs. 1 BGB) nicht anerkennt,[42]) so ist gegen die (rechtsgrundsätzlich noch unbedenklichere) unmittelbare Anwendbarkeit der angegebenen Bestimmung auf den hier erörterten Tatbestand einer aufschiebend bedingten oder künftigen

---

[39]) vgl. für das Vorstehende: RGRKomm Anm. 1 zu § 1180 BGB, Staudinger (10) Anm. 7 zu § 1180 BGB, Planck (4) Anm. 3b β u. 5c β zu § 1180 BGB, Biermann Komm Anm. 2c zu § 1180 BGB.

[40]) Planck (4) Anm. 3b β und 5c α zu § 1180 BGB, RGRKomm. Anm. 1 zu § 1180 BGB u. im Ergebnis auch Staudinger (10) Anm. 1 zu § 1180 BGB.

[41]) so von RGRKomm Anm. 1 zu § 1180 BGB, Staudinger (10) Anm. 1 zu § 1180 BGB. Biermann Komm Anm. 2a zu § 1180 BGB; widerspruchsvoll Planck (4) Anm. 3a zu § 1180 BGB, wo eine noch nicht entstandene Forderung allgemein als unzureichend, für den Fall der Höchsthypothek aber als tauglich erachtet wird, ohne daß eine Begründung für die verschiedene Beurteilung der im Grunde einheitlichen Rechtsfrage auch nur versucht wird.

[42]) wie z. B. RGR Komm Anm. 1 zu § 1198 BGB, Biermann Komm Anm. 1 zu § 1198 BGB, allerdings im Gegensatz zu seinen Ausführungen in Anm. 6 zu § 1180 BGB.

Hypothekenforderung überhaupt nichts einzuwenden.[43]) In den vorliegend zu beachtenden Grenzen ist nun allerdings eine wichtige Einschränkung geboten: Gegenstand einer vor Rechtsentwicklung sich auswirkenden Forderungsauswechselung darf nur die vorläufige Eigentümergrundschuld, nicht das einem Fremden zustehende dingliche Recht sein. Letzterenfalls nämlich würde, da die in der Einigung mit dem Eigentümer (§ 1180 Abs. 1 BGB) oder in der Zustimmung (§ 1180 Abs. 2 BGB) liegende — gemäß §§ 185, 893 (1138) BGB[44]) gültige Verfügung des Hypothekberechtigten wenigstens als Freigabe der Fremdgrundschuld wirksam wäre, zumindest die Verzichtsfolge (§ 1168 BGB), d. h. ein Rechtserwerb des Eigentümers aus der Hand des Legitimierten eintreten, der die Besonderheit des dinglichen Rechtes beseitigt.[45]) Diese Rechtswirkung ist nur dort begrifflich ausgeschlossen, wo der Eigentümer ohnehin z. Z. der Verfügung schon vorläufiger Grundschuldberechtigter ist;[46]) nur dort also kann eine, wenn auch nicht voll wirksame Forderungsunterlegung zugelassen werden.

Allerdings wird die Anwendung des § 1180 BGB gerade auf eine Eigentümergrundschuld verschiedentlich zumal mit der Begründung abgelehnt, daß der hier angestrebte rechtliche Erfolg nur im Wege einer gleichzeitigen Umwandlung und Abtretung herbeigeführt werden könne.[47]) Zuzugeben ist dieser Ansicht, daß zumindest für den Fall einer ordnungsmäßig eingetragenen endgültigen Eigentümergrundschuld der Weg über §§ 1198, 1154 BGB den Vorzug verdient. Im hier

---

[43]) Dies ist auch der Standpunkt, den die Rechtsprechung für den Fall der bei der Höchsthypothek gegebenen künftigen Forderung vertritt; vgl. RGZ 125, 133 ff. (141), KGJ 45, A 286 ff. (286, 287); 49, A 224 ff. (226); weitere Angaben bei Ackermann S. 353.

[44]) Die Bestimmung des § 893 BGB ist im Falle des § 1180 Abs. 1 BGB unzweifelhaft, im Falle des Abs. 2 dieser Bestimmung zumindest dort anwendbar, wo die Zustimmung des bisherigen Gläubigers dem Eigentümer gegenüber abgegeben wird; vgl. Staudinger (10) Anm. 6 zu § 893 BGB, Planck (4) Anm. 1 b β zu § 893 BGB; wegen der möglichen Anwendung des § 892 BGB zugunsten des Ersatzgläubigers ist weiter unten noch näheres ausgeführt.

[45]) selbst wenn alsbald nach dem Rechtserwerb des Eigentümers das Grundpfandrecht erneut zum vorläufigen Recht i. S. des § 1163 BGB wird. — Wie Planck (4) Anm. 2 d zu § 1180 BGB zutreffend bemerkt, könnte deshalb der Berechtigte einer Löschungsvormerkung im Hinblick auf die zunächst erfolgte Beseitigung der Vorläufigkeit seinen Anspruch durchsetzen.

[46]) ein Rechtsvorgang entsprechend § 1168 BGB also nicht eintreten kann.

[47]) vgl. RGRKomm Anm. 1 zu § 1180 BGB, Planck (4) Anm. 2 b zu § 1180 BGB und Anm. 3 b zu § 1163 BGB, allerdings mit einer folgewidrigen Ausnahme für die Höchsthypothek in Anm. 7 zu § 1190 BGB, endlich auch KGJ 45, A 282 ff. (284).

behandelten Tatbestande einer zur Gläubigerhypothek bestimmten vorläufigen Eigentümergrundschuld ist er, da die Umwandlung die mindestens gleichzeitige Buchberichtigung voraussetzt, indessen nicht tauglich. Andererseits bestehen nach richtiger Ansicht gegen die Anwendung des § 1180 BGB auch auf den Fall einer noch nicht entstandenen Forderung und einer nur scheinbaren Gläubigerhypothek, wie dargetan, grundsätzlich keine Bedenken. Solche Bedenken können sich auch nicht daraus herleiten, daß hier Eigentümer und bisheriger Grundpfandberechtigter ein und dieselbe Person sind. Dadurch wird lediglich der in der Auswechselung regelmäßig begrifflich eingeschlossene Rechtsvorgang einer Zuweisung des dinglichen Rechtes an den Eigentümer sachlich-rechtlich ausgeschlossen, nicht aber der anschließende Vorgang einer Neugestaltung rechtlich behindert oder gar unmöglich gemacht. Der Ausschluß der Verzichtswirkung im Falle der Eigentümergrundschuld kann nun nicht wichtiger und bedeutsamer sein als der Ausschluß der Umgestaltungswirkung, wie man ihn — durch Zulassung auch einer in Wahrheit nichtigen Ersatzforderung i. S. des § 1180 BGB — hinnimmt. Wie im letzteren Falle der Verzicht des bisherigen Gläubigers für sich allein wirken kann, so muß im Tatbestande der vorläufigen Eigentümergrundschuld die Neugestaltung des (schon ohne Verzicht bereitstehenden) dinglichen Rechts durch den Eigentümer gleichfalls als selbständige Verfügung gültig sein. Da überdies — ebenso wie im Falle eines Rechtsgeschäftes entspr. §§ 1198, 1154 BGB — im Tatbestande des § 1180 BGB eine Einigung stattfindet, greifen auch die begründeten Bedenken, die gegen eine durch einseitige Erklärung des Eigentümers bewirkte Umgestaltung der Eigentümergrundschuld zur Gläubigerhypothek geltend zu machen sind,[48]) hier nicht Platz. Danach erweist sich also die Anwendung des § 1180 BGB auf die vorläufige Eigentümergrundschuld, die übrigens in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von vornherein unbedenklich zugelassen wurde,[49]) als sachlich gerechtfertigt.

Da die Erreichung der vorbestimmten Schlußgestaltung, der Gläubigerhypothek, in dem hier zu beachtenden Rahmen nicht zugelassen werden kann, darf nun allerdings die vom Eigentümer unter Mitwirkung des Hypothekberechtigten und ggf. eines Dritten vorgenommene Verfügung gemäß § 1180 Abs 1 oder 2 BGB nicht den vollen Rechtserfolg nach sich ziehen.

---

[48]) vgl. RGRKomm Anm. 1 zu § 1198 BGB, Planck (4) Anm. 2a α, β zu § 1198, Anm. 3c β zu § 1177 BGB, Staudinger (10) Anm. 1 zu § 1198 BGB.

[49]) vgl. besonders KGJ 32, A 269 ff. (273), aber auch 49, A 224 ff.; zustimmend RGZ 125, 133 ff. (141).

Vielmehr kann die Ersetzung der bislang maßgeblichen künftigen oder aufschiebend bedingten Hypothekenforderung nur mit dem Vorbehalt gestattet werden, daß sie — weil die Ersatzforderung noch nicht entstanden oder der erteilte Brief nicht übergeben ist (§§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1 oder §§ 1117, 1163 Abs. 2 BGB) — nur eine begrenzte Rechtswirkung äußert.

In solchem Falle führt die Verfügung äußerlich zur Eintragung eines unrichtigen Änderungsvermerkes, der nur im Falle des § 1180 Abs. 2 BGB zugleich die Buchlegitimation auf den dritten Ersatzgläubiger überträgt. Daneben mag es bei noch nicht entstandener Ersatzforderung auch zur Briefübergabe an den (bisherigen oder dritten) Gläubiger kommen, keinesfalls aber wird der Buchstand der Rechtslage angeglichen, noch findet auf Grund des nur begrenzt wirkenden Geschäftes ein Erwerb aus der Hand des bislang Legitimierten statt. Da überdies die Möglichkeit der Entstehung der zunächst, d. h. bis zur Verfügung, maßgeblichen noch nicht entstandenen Forderung durch die Verfügung gem. § 1180 BGB nicht notwendig beeinträchtigt wird, hält sich das Rechtsgeschäft auch insoweit im Rahmen der Vorläufigkeit. — Sachlich aber wirkt sich die Auswechselungsverfügung dergestalt aus, daß die bislang maßgebliche künftige oder aufschiebend bedingte Hypothekenforderung und die Möglichkeit ihrer Entstehung für die Entwicklungsfähigkeit des nach wie vor dem Eigentümer als Grundschuld zustehenden dinglichen Rechtes jeglicher Bedeutung entkleidet und statt dessen bei ununterbrochener Fortdauer der Vorläufigkeit die Entstehung der noch nicht voll rechtsbeständigen Ersatzforderung oder die Übergabe des Briefes entsprechend ausschlaggebend wird.

Der besondere Vorzug und die erhebliche Bedeutung der in dem angegebenen Ausmaße vor Rechtsentwicklung wirkenden Forderungsersetzung wird offenbar, wenn man berücksichtigt, daß auf diesem Wege an die Stelle des ursprünglich vorgesehenen auch ein anderer Gläubiger einer vollkommen anderen Forderung als nachmaliger Hypothekberechtigter treten kann, ohne daß die Vorläufigkeit der Eigentümergrundschuld auch nur einen Augenblick in Fortfall geraten wäre.[50])

[50]) Sachlich unberechtigt ist deshalb der dem Gläubiger eines vorgemerkten Löschungsanspruches in RGZ 125, 133 ff. (141) zugebilligte grundsätzliche Schutz gegen solche Verfügung. — Der Löschungsanspruch wird nur durch Verfügung über eine (von vornherein oder infolge nachträglichen Fortfalls der Vorläufigkeit) endgültige Eigentümergrundschuld beeinträchtigt; ob es im Tatbestande der Entsch. hierzu kommt, ist offen geblieben, da die ausschlaggebende Frage, ob das für die vorläufige Eigentümergrundschuld zunächst maßgebliche Kreditverhältnis vor oder spätestens bei Vornahme der Verfügung — mit der Folge gleichzeitigen Fortfalls der Vorläufigkeit — durch Feststellung begrenzt und abgeschlossen war, nicht eindeutig geklärt ist.

Daß im übrigen auf die gem. §§ 1180, 1163 Abs. 1 S. 1 (1177) BGB geschaffene Rechtslage unter der Voraussetzung erfolgter Briefübergabe[51]) die gleichen Grundsätze anwendbar sind, wie sie für den durch §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB geschaffenen Rechtszustand maßgeblich sind, bedarf keiner besonderen Darlegung.

Die mit begrenzter Rechtswirkung i. S. der §§ 1180 (1113 Abs. 2, 1117), 1163 Abs. 1 u. 2 BGB ausgestattete Umgestaltung der vorläufigen Eigentümergrundschuld im Wege der Forderungsauswechselung enthält zugleich in der — zumindest formell notwendigen — Mitwirkung des legitimierten Hypothekberechtigten (Erteilung einer Eintragungsbewilligung) die letzte im Rahmen praktisch bedeutsamer Rechtsgeschäfte in Betracht kommende Verfügung des Nichtberechtigten, die zu einer sachlich-rechtlichen Einwirkung schon v o r Rechtsentwicklung führen oder doch beitragen kann, ohne daß hierdurch die Vorläufigkeit des betroffenen Grundpfandrechtes beseitigt wird.

β) Verfügungen über das Grundpfandrecht mit Wirkung nicht vor Rechtsentwicklung.

Den vorbehandelten Verfügungen gegenüber, die entweder — sei es aus dem Gesichtspunkt der §§ 185 Abs. 1, 893 (1138) BGB, sei es wegen der sachlich-rechtlich allein bedeutsamen Beteiligung des Eigentümers — bereits im Zeitpunkt ihrer Vornahme oder aber nachträglich mit oder ohne Rückwirkung auf diesen Zeitpunkt entspr. § 185 Abs. 2 BGB zu einer Veränderung schon des vorläufigen Grundpfandrechts führen mochten (aus dem letzterwähnten Rechtsgrunde sich übrigens auch erst auf das zur Gläubigerhypothek entwickelte Recht auswirken mögen), steht eine Reihe anderer (echter) Verfügungen des Nichtberechtigten, deren Tatbestand zwar vor, deren Rechtserfolg aber frühestens mit der Rechtsentwicklung eintreten darf.

Als vorweggenommene Verfügungen über das Grundpfandrecht d i e s e r Art kommen — es handelt sich, wenn diese wirksam werden sollen, um den Tatbestand nachträglicher Heilung gem. § 185 BGB — nur solche Rechtsgeschäfte in Betracht, die sich im Wege einer Einigung vollziehen; einseitige Verfügungsgeschäfte, die von einem Nichtberechtigten von vornherein unwirksam vorgenommen werden, sind und bleiben überhaupt erfolglos.[52])

[51]) Die Behandlung der mangels Briefübergabe fortdauernden vorläufigen Rechtslage entspricht nicht der Aufgabestellung der Untersuchung.

[52]) so Planck (4) Anm. 5 zu § 185 BGB, Oertmann Komm (3) Anm. 6 zu § 185 BGB und im Ergebnis auch Staudinger (10) Anm. 7 zu § 185 BGB entspr. dem aus §§ 111, 180 BGB zu entnehmenden Grundgedanken; ähnlich für den Fall der Kündigung RGZ 141, 220 ff. (223).

Damit scheiden für die Betrachtung an dieser Stelle Verfügungen wie Verzicht (§ 1168 BGB) und Rechtsaufgabe (§ 1183 BGB) aus, deren Vornahme in den Grenzen der Vorläufigkeit wohl regelmäßig unschädlich ist,[53]) die aber auch nachträglich wegen rechtsgrundsätzlicher Nichtanwendbarkeit des § 185 Abs. 2 BGB keine Gültigkeit erlangen, sondern allenfalls wiederholt werden können. Lediglich eines bedarf der Hervorhebung: Der vom Hypothekberechtigten erklärte unwirksame Verzicht (ebenso die Aufgabeerklärung) hat, wie auch sonst, so im hier behandelten Zusammenhange des vorläufigen Rechtes keinerlei Rechtsbedeutung, erhält eine solche auch nicht etwa ohne weiteres durch Auslegung dahin, daß der Hypothekerwerber hiermit seinen Willen zu erkennen gebe, das dingliche Recht nicht mehr zu erwerben. Ein Erwerbswillen des nachmaligen Hypothekberechtigten, seine Fortdauer, seine Aufgabe und die Kundgabe der Willensrichtung in dem oder jenem Sinne müssen für die dem Grundpfandrecht selbst verliehene rechtliche Eigenschaft der Vorläufigkeit für sich allein stets bedeutungslos sein. Deshalb kann die in einer Entscheidung des Reichsgerichts[54]) gelegentlich getroffene Feststellung, daß ein bloßer (unwirksamer) Verzicht auf den nichtvalutierten Teil einer (Höchst-) Hypothek nicht als erfolgloser Verfügungsversuch i. S. des § 1168 BGB, sondern als endgültige Begrenzung des als Hypothek in Anspruch genommenen Grundpfandrechtsteiles aufzufassen sei, für den Rest also die Vorläufigkeit beseitige, nur unter Vorbehalt anerkannt werden, verträgt aber keineswegs die ihr verschiedentlich zuteil gewordene Verallgemeinerung.[55]) Lediglich dort, wo, abgesehen von der Verzichtserklärung, auch der Wille des Hypothekberechtigten, die künftige Forderung insoweit nicht mehr zu begründen, daneben feststellbar ist und zumal, wie im Tatbestande der Entscheidung, der Eigentümer zugleich der wahre Grundpfandberechtigte ist, d. h. unter ganz besonderen Voraussetzungen, mag die Auslegung einer unwirksamen Verzichts- (oder Aufgabe-) Erklärung im Sinne des RG am Platze sein.

Unter den wirklich hierhergehörigen einstweilen unwirksamen Verfügungen des Hypothekberechtigten, die einer Heilung fähig sind, im Rahmen der Vorläufigkeit aber ihre unmittelbare Wirkung nicht vor Rechtsentwicklung äußern dürfen, ist zunächst wiederum ein Tatbestand des § 1180 BGB zu behandeln. — Ist nämlich das vorläufige Recht aus irgendwelchem

[53]) über eine Ausnahme im Falle des Verzichtes weiter unten.

[54]) RGZ 97, 223 ff. (228).

[55]) vgl. RGRKomm Anm. 1 zu § 1168 BGB, Staudinger (10) Anm. 14 zu § 1190 BGB.

Rechtsgrunde zur Fremdgrundschuld geworden, so führt die nunmehr im Zusammenwirken mit dem Eigentümer gem. § 1180 Abs. 1 BGB [56]) getroffene Verfügung des als Hypothekengläubiger Legitimierten beim Fehlen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der §§ 185 Abs. 1, 893 (1138) BGB zunächst nur zu einer unwesentlichen äußeren Änderung der Rechtslage. Zur unrichtigen Grundpfandrechtseintragung wird ein weiterhin unrichtiger Buchvermerk gesetzt; allenfalls erlangt ein Dritter einstweilen zu Unrecht Buch- und Brieflegitimation. [57]) Solange nicht nachträglich — noch vor Rechtsentwicklung — die Bestimmung des § 185 Abs. 2 BGB zur Anwendung gelangt, ist also nach wie vor die ursprüngliche Hypothekenforderung für die Fortdauer der Vorläufigkeit bedeutsam, während selbst die rechtsbeständige Ersatzforderung, sogar trotz erfolgter Briefübergabe, lediglich scheinbar maßgeblich ist. — An der Vorläufigkeit des Grundpfandrechts wird also sachlich nichts geändert.

Ähnlich liegt es bei der vor Rechtsentwicklung vom Hypothekberechtigten im Einvernehmen mit dem Eigentümer vorgenommenen unwirksamen Umwandlung des Rechts gem. § 1198 BGB. In Betracht kommt hier lediglich die Vorwegnahme einer Umwandlung der einstweilen scheinbaren Hypothek- in die Grundschuldform, da das umgekehrte Rechtsgeschäft, das nach der sachlichen Rechtslage am Platze wäre, die Grundbuchberichtigung erforderte, also notwendig die Vorläufigkeit beseitigen müßte. — Die auf Grund einer solchen Umwandlungsverfügung im ersteren Sinne vorgenommene Bucheintragung ist im hier zu beachtenden Rahmen durchaus angängig, da sie lediglich dazu führt, daß die wahre Grundschuldform des vorläufigen Rechtes jedenfalls im Ergebnis im Buche zum Ausdruck gelangt, nicht aber zu einer Übereinstimmung von Buchstellung und Rechtsinhaberschaft hinführt. — Rechtliche Auswirkung kann allerdings eine solche, praktisch wohl kaum vorkommende, Verfügung vor Rechtsentwicklung überhaupt nur dann äußern, wenn zuvor schon im Wege des § 1180 BGB die Endgestaltung der Fremdhypothek — unter gleichzeitiger Behebung der Vorläufigkeit — herbeigeführt ist; sonst aber muß, ehe überhaupt von einer Heilung des unwirksamen Geschäfts die Rede sein kann, die kraft Gesetzes erfolgende Entwicklung des Grundpfandrechts abgewartet werden.

---

[56]) Der Fall des § 1180 Abs. 2 BGB kommt hier nicht in Betracht; entweder ist die Verfügung des Nichtberechtigten gem. §§ 185 Abs. 1, 893, 892 BGB (vgl. für die Anwendbarkeit der letzteren Bestimmung Staudinger (10) Anm. 7 zu § 1180 BGB) mit der Vornahme gültig und überschreitet damit die Grenzen der Vorläufigkeit (Erwerb aus der Hand des Legitimierten), oder sie bleibt als einseitige Zustimmung überhaupt wirkungslos.

[57]) und wird damit Gegner der Ansprüche aus §§ 894, 985 BGB.

In den beiden erörterten Tatbeständen, die als Beispielsfälle der im Rahmen der Vorläufigkeit nur vorbehaltlich einstweiliger Unwirksamkeit erlaubten Verfügungen genügen mögen, tritt der rechtliche Erfolg einer unmittelbaren Einwirkung auf das zur Gläubigerhypothek entwickelte dingliche Recht ein, sobald, wie in der Regel, mit Rechtsentwicklung oder, was immerhin denkbar wäre, erst späterhin der Verfügende zum wahren Grundpfandberechtigten wird oder die sonstigen Voraussetzungen des § 185 Abs. 2 BGB verwirklicht werden.

2. Verfügungen über die Hypothekenforderung.

Von außerordentlicher Bedeutung für den Rechtsverkehr, der nicht bloß im Falle der Höchsthypothek, sondern auch im Tatbestande der Baugeldhypothek[58]) zuweilen mit einer längeren Dauer des einstweiligen Entwicklungszustandes rechnen muß, sind die in den hier gezogenen Grenzen zuzulassenden Verfügungen des Gläubigers und nachmaligen Hypothekberechtigten über die noch nicht (voll) entstandene Hypothekenforderung, die neben der unmittelbaren Wirkung auf das — die Erwerbsaussicht tragende — schuldrechtliche Verhältnis auch das zu erwerbende Grundpfandrecht mittelbar berühren, sofern und sobald dieses infolge Entstehung der Forderung sich zum Sicherungsrecht entwickelt.

Wenn hier die wesentlichen Verfügungen wie Übertragungen der Gläubigerstellung, Belastung der Forderung und Übertragungen der persönlichen Schuld auf ihre Zulässigkeit und Wirkung erörtert werden müssen, so ist eine ganz verschiedene Beurteilung geboten, je nachdem sich die Anwartschaft auf Erwerb des Grundpfandrechts auf eine aufschiebend bedingte oder eine künftige Forderung stützt.

Dem ist in der sachlichen Behandlung, die die beiden Tatbestände der noch nicht entstandenen Forderung gesondert darstellt,[59]) Rechnung getragen.

α) Verfügungen über die aufschiebend bedingte Hypothekenforderung.

Die Begründung der aufschiebend bedingten Hypothekenforderung führte bereits zu einer als Anwartschaft i. S. der §§ 158, 161 BGB geschützten, wenn auch noch nicht voll ent-

[58]) seltener im Falle der Hypothekbestellung für eine aufschiebend bedingte Forderung.

[59]) Als Hypothekenforderung kommt an Stelle der ursprünglich (gem. § 1113 Abs. 2 BGB) zugrunde gelegten unter Umständen die — in den Grenzen der Vorläufigkeit — gem. §§ 1180 (1113 Abs 2), 1163 Abs. 1 S. 1 BGB eingeführte Ersatzforderung in Betracht.

wickelten, Gläubigerstellung des Begünstigten und zu einer Gebundenheit des nachmaligen Schuldners, sodaß regelmäßig ohne inhaltliche Änderung der zwischen beiden geknüpften — in gewissem Ausmaß schon gefestigten — Beziehung durch Verfügung des Gläubigers insbesondere sowohl dessen[60]) wie die rechtliche Stellung des Schuldners[61]) übertragen werden kann.

Insoweit also schon ein Berechtigter, vermag der zunächst als Hypothekerwerber vorgesehene Begünstigte (bzw. sein Gesamtrechtsnachfolger oder ein gemäß § 1180 BGB hinzutretender Ersatzgläubiger) im Wege der Abtretung der aufschiebend bedingten Hypothekenforderung die als Anwartschaft bereits bestehende Gläubigerstellung und damit zugleich die mit ihr verknüpfte Aussicht auf Erwerb des Grundpfandrechtes auf einen anderen zu übertragen, solange er als Buchberechtigter und Briefinhaber in der Lage ist, die für die Abtretung einer Hypothekenforderung vorgeschriebenen Rechtsförmlichkeiten — §§ 1154 Abs. 1 (1117 Abs. 1, 929 S. 2, 930, 931), 1154 Abs. 2 BGB im Falle eines Briefrechtes, §§ 1154 Abs. 3, 873 BGB im Falle eines Buchrechtes — innezuhalten.[62])

Ebenso wie die Übertragung der vollen aufschiebend bedingten Gläubigerstellung sind auch Verpfändung (§§ 1273, 1274 Abs. 1, 1205 Abs. 1 BGB) und Nießbrauchbestellung (§§ 1068, 1069 BGB), ebenso aber auch die Pfändung[63]) (§ 830 ZPO) der im Entwicklungszustande bereits vorhandenen Forderung unter entsprechenden äußeren Voraussetzungen möglich und angängig.

Da die hier in Rede stehenden Voll- oder Teilübertragungen der bedingten Gläubigerstellung die Legitimation eines noch nicht Berechtigten zur Voraussetzung haben, den Zwiespalt zwischen scheinbarer und wahrer Rechtslage regelmäßig auch aufrecht erhalten, macht es hier keinen wesentlichen Unterschied, ob es sich um ein Brief- oder Buchrecht handelt. Lediglich darauf ist bei beiden Arten des Grundpfandrechts zu achten, daß nicht durch die Förmlichkeiten etwa einer

---

[60]) vgl. RGRKomm Anm. 2 zu § 398 BGB, Staudinger (9) Anm. 2 zu § 398 BGB, Planck (4) Anm. 4b α zu § 398 BGB u. (5) Anm. 2f zu § 1154 BGB.

[61]) vgl. nur Staudinger (9) Anm. 1d zu § 414 BGB.

[62]) Eine Abtretung ohne Beobachtung dieser Förmlichkeiten würde mit Rücksicht auf § 1153 Abs. 2 BGB auch die schon in diesem Zustande als Hypothekenforderung anzusprechende Forderung allein, d. h. ohne die Aussicht auf Erwerb des Grundpfandrechts, nicht übertragen. Daß damit der Hypothekberechtigte, der im Einzelfalle weder mittelbarer noch unmittelbarer Besitzer eines erteilten Briefes ist, in der Verfügung wesentlich behindert ist, hebt Lent DNotZ S. 728 besonders hervor.

[63]) und ggf. Überweisung.

Abtretung der aufschiebend bedingten Forderung, die sich erst im Zeitpunkt der Rechtsentwicklung auf das zur Hypothek gewordene Recht auswirken soll, die legitimierende Bucheintragung oder die entsprechende Rechtsstellung gemäß § 1155 BGB an den auch sachlich Berechtigten, den Inhaber der vorläufigen Grundschuld, gelangt, da sonst bei Übereinstimmung von Buchstand und Rechtsinhaberschaft die Vorläufigkeit entfiele.

Daß, davon abgesehen, eine Abtretung an den bedingten Schuldner nicht zugelassen werden kann, ergibt einmal, die bereits angestellte Erwägung, daß die Vereinigung der bedingten Gläubiger- und Schuldnerstellung die Entstehung des Schuldverhältnisses ausschließt und zum anderen die Überlegung, daß eine solche, übrigens wohl kaum praktisch werdende, Verfügung bei vernünftiger Betrachtung nichts anderes als die Aufhebung der durch die ursprüngliche Forderungsbegründung hervorgerufenen Rechtswirkungen darstellt.

Von diesen Besonderheiten bei der Abtretung abgesehen, begegnet die Zulassung von Übertragungen und Belastungen der bereits angegebenen Art hinsichtlich der bedingten Hypothekenforderung im Rahmen der Vorläufigkeit keinen Bedenken.

Im einzelnen ergeben sich allerdings gewisse Verschiebungen der ursprünglichen Rechtslage, die Erwähnung verdienen. Bei einer Buchgrundschuld tritt eine Veränderung des äußeren Bildes derart ein, daß auf die formell zureichende Bewilligung des legitimierten Hypothekberechtigten oder auf Grund eines gegen ihn erwirkten Pfändungsbeschlusses der neue Gläubiger als Hypothekberechtigter, Pfandgläubiger und Nießbraucher als solche mit ihren begrenzten Rechten an der Hypothekenforderung, im Grundbuch eingetragen und mit Erhalt der Buchstellung zu Gegnern des Berichtigungsanspruches des Grundschuldberechtigten werden.

Bei Vorliegen eines Briefrechtes braucht es zu einer solchen Eintragung nicht notwendig zu kommen, da die Schriftlichkeit der Abtretungserklärung (bzw. der Erklärung über die Verpfändung oder Nießbrauchsbestellung) entspr. § 1154 Abs. 1 BGB die Grundbucheintragung nach § 873 BGB entbehrlich macht und der Pfändungsbeschluß gem. § 830 Abs. 1 ZPO die rechtsbegründende Eintragung überhaupt ersetzt.[64]) Hier tritt aber als weiteres Erfordernis eine Veränderung der Besitzverhältnisse am Hypothekenbrief hinzu. Der Begünstigte wird

[64]) Der neue Gläubiger erhält aber in der Regel den der Buchstellung gleichwertigen Ausweis (§ 1155 BGB), er wird durch Briefbesitz. Eintragung des Vorgängers und öffentlich beglaubigte Abtretung voll legitimiert. Zum Gegner des Berichtigungsanspruches wird er jedoch erst dann, wenn er seine „berichtigende" Bucheintragung tatsächlich durchsetzt.

regelmäßig an den Abtretungsempfänger oder den Erwerber eines begrenzten Rechtes an der aufschiebend bedingten Forderung den zunächst ihm ausgehändigten Brief weitergeben,[65]) sodaß sich nunmehr gegen den neuen Besitzer der Herausgabeanspruch des wahren Briefeigentümers richtet.

Sachlich aber erwerben die durch eine solche Verfügung oder durch Eingriff im Vollstreckungswege begünstigten Abtretungsempfänger, Pfandgläubiger und Nießbraucher neben der entsprechenden gegenwärtigen[66]) Rechtsstellung als Gläubiger oder begrenzt Berechtigter an der noch nicht voll entwickelten Hypothekenforderung zugleich die ungesicherte Aussicht auf Erwerb des in seiner Vorläufigkeit nicht berührten Grundpfandrechts oder eines entsprechenden begrenzten Rechtes daran, die sich im Augenblick des Bedingungseintrittes ohne weiteres und sogleich zur ordnungsmäßigen Rechtsstellung auch an dem nunmehr (einstweilen) angelehnten Sicherungsrecht vervollkommnet.[67])

Gegenüber diesen Möglichkeiten einer vollen oder teilweisen Übertragung der Gläubigerstellung erfordert die Übertragung der Schuld, d. h. die Ersetzung des bereits gebundenen Schuldners der aufschiebend bedingten Forderung gem. §§ 414, 415 BGB, keine äußerliche Veränderung der ursprünglichen Rechtslage; lediglich sachlich geht die Gebundenheit des zunächst vorgesehenen Schuldners voll und ganz auf den Schuldübernehmer über, um sich bei Bedingungseintritt zur vollen Verpflichtung zu steigern.

Wirkungen auf das Grundpfandrecht treten nur dann auf, wenn eine Schuldübernahme zwischen dem Gläubiger und dem Dritten (§ 414 BGB) oder die Genehmigung gemäß § 415 BGB durch den Hypothekberechtigten ohne Zustimmung des in diesem Zeitpunkte, d. h. bei Vornahme der Verfügung, in Betracht kommenden Grundeigentümers[68]) erfolgt (§ 418 Abs. 1 BGB).

---

[65]) Ein Verbleib des Briefes in der Hand des Verfügenden (oder Vollstreckungsschuldners) ist allerdings nur in den Fällen der Pfändung und Verpfändung (§§ 830 ZPO, 1274 Abs. 1 S. 2, 1205 BGB) unzulässig, da hier eine Abrede gem. § 930 BGB nicht ausreicht.

[66]) Wegen der sofortigen Wirkung einer Verfügung (Abtretung) über die Anwartschaft vgl. die Ausführungen in RGZ 67, 425 ff. (430).

[67]) In seiner Auswirkung auf das Grundpfandrecht läßt sich zumal der Fall der Abtretung der aufschiebend bedingten Forderung dem Tatbestande vergleichen, daß der Eigentümer eines für eine auflösend bedingte Forderung hypothekarisch belasteten Grundstückes dieses vor Bedingungseintritt veräußert. Auch hier wird die — im Eigentum begründete Anwartschaft mit dem Erfolge übertragen, daß dem Erwerber mit Bedingungseintritt sogleich und unmittelbar eine Eigentümergrundschuld zufällt.

[68]) der nicht zugleich gegenwärtiger Grundschuldberechtigter, auch nicht der ursprüngliche Besteller (so Ackermann S. 252) zu sein braucht.

Solchenfalls würde nämlich im Augenblicke des Bedingungseintrittes und damit der Entwicklung des Grundpfandrechts die Verzichtsfolge (§ 1168 BGB), also die Rückentwicklung zur endgültigen Grundschuld des Eigentümers, Platz greifen.

β) Verfügungen über die künftige Hypothekenforderung.

Die künftige Forderung ist als eine erst noch zu begründende Rechtsbeziehung begrifflich an die Personen der zunächst vorgesehenen Beteiligten, d. h. des Gläubigers und Hypothekberechtigten und des Schuldners der maßgeblichen Hypothekenforderung, geknüpft. Zwischen anderen Personen, selbst Gesamtrechtsnachfolgern dieser Beteiligten, kann, wie bereits ausgeführt, nie die bei Hypothekbestellung ins Auge gefaßte — oder gemäß § 1180 BGB zulässigerweise eingeführte — schuldrechtliche Beziehung geschaffen werden.

Wenn gleichwohl — unter der hier zweifelsfrei gegebenen Voraussetzung einer genügenden Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des künftigen Schuldverhältnisses — die allgemeine Meinung[69]) Verfügungen, wie Abtretung, Belastung, Ersetzung des Schuldners bei der künftigen ebenso wie bei der gegenwärtigen oder bedingten Forderung zuläßt, so können diese nur dadurch nachträgliche Wirksamkeit erlangen, daß die gedachte Forderung als Recht des ursprünglichen Gläubigers gegen den ursprünglichen Schuldner wirklich entsteht.[70]) Dies Erfordernis ergibt sich zwingend aus einer vergleichenden Berücksichtigung des in § 185 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Grundgedankens, die hier um deswillen geboten ist, weil der Verfügende hinsichtlich des Verfügungsgegenstandes — der allerdings überhaupt noch nicht bestehenden Forderung — gleichfalls ein Nichtberechtigter ist.[71])

Dies ist besonders zu berücksichtigen, wenn man Abtretung, Verpfändung, Pfändung und Nießbrauchsbestellung bei

---

[69]) RGRKomm Anm. 2 zu § 398 BGB, Staudinger (9) Anm. 2 zu § 398 u. Anm. 1 d zu § 414 BGB, Oertmann Komm (5) Anm. 1 g γ zu § 399 BGB u. Rechtsbedingung S. 182, 183, Planck (4) Anm. 4 b β zu § 398 BGB, weiterhin u. a. RGZ 55, 334 f. (334); 67, 166 ff. (167); 75, 225 ff. (227); 82, 227 ff. (229); 90, 248 ff. (249); 92, 238 ff. (239); 136, 100 ff. (102, 103).

[70]) RGRKomm Anm. 2 zu § 398 BGB, Oertmann Komm (5) Anm. 1 g γ zu § 399 BGB u. Rechtsbedingung S. 184, 185, RGZ 55, 334 f. (334); 67, 166 ff. (167); 136, 100 ff. (102); a. A. mit der unzutreffenden Begründung, der Durchgangserwerb des Gläubigers sei bloße Fiktion: Staudinger (9) Anm. 2 zu § 398 BGB, Planck (4) Anm. 4 b β zu § 398 und Anm. 1 b zu § 413 BGB.

[71]) so auch RGJW 1936, 98 f. (98) u. Oertmann Komm (5) Anm. 1 g γ zu § 399 BGB, der übrigens hier die Anwendung des Grundsatzes des § 185 Abs. 2 BGB auch für den Tatbestand einer vorweggenommenen Pfändung annimmt (im Gegensatz zu seinen Ausführungen Komm (3) Anm. 12 zu § 185 BGB).

der künftigen Hypothekenforderung, mithin die Vorwegnahme der vollen oder teilweisen Übertragung der Gläubigerstellung mit entsprechender nachträglicher Einwirkung auf das zur Hypothek entwickelte Grundpfandrecht betrachtet. — Rein äußerlich treten, da die Voraussetzungen und Förmlichkeiten dieser Verfügungen die gleichen sind, auch hier die gleichen Veränderungen der Ausgangslage auf wie im Falle aufschiebend bedingter Hypothekenforderung.

Sachlich aber zeigt sich ein wesentlicher Unterschied insofern, als wohl bei der aufschiebend bedingten, nicht aber bei der künftigen Hypothekenforderung bereits eine gesicherte Anwartschaft auf Erwerb der unbedingten Forderung gegeben ist, die wirksam übertragen und belastet werden kann. — Darum vermochte der Gläubiger der aufschiebend bedingten Forderung seine (wenn auch noch nicht voll entwickelten) Befugnisse in vollem Ausmaße oder teilweise weiterzugeben und damit den Begünstigten ungesicherte Anwartschaften auf Erwerb entsprechender Rechtsstellungen auch am Grundpfandrecht zu verschaffen. Der Gläubiger der künftigen Forderung, der den Gegenstand seiner Verfügung erst noch schaffen und erwerben muß, kann dies nicht; ihm steht lediglich die Möglichkeit offen, den durch vorweggenommene Verfügung Begünstigten Aussichten auf Erwerb von Rechtsstellungen an Forderung und Hypothek aus seiner Hand und seinem Vermögen zu eröffnen, Aussichten also, deren Verwirklichung seinen vorgängigen Forderungs- und Grundpfandrechtserwerb begrifflich voraussetzt.[72])

Hieraus folgt eine besondere (begriffliche) Einschränkung der im Rahmen der Vorläufigkeit zuzulassenden Übertragungen und Belastungen bei künftiger Forderung: Es ist nicht bloß, wie im Falle der aufschiebend bedingten Forderung, zu vermeiden, daß durch die Rechtsförmlichkeiten der Abtretung Buchlegitimation und wahre Grundpfandberechtigung sich vereinen oder daß durch Abtretung an den künftigen Schuldner übereinstimmend der Wille zum Ausdruck gebracht wird, die Forderung überhaupt nicht mehr zu begründen, es ist vielmehr allen Verfügungen wesentlich, daß der Verfügende seine Aussicht auf Erwerb der von der Verfügung betroffenen Forderung

---

[72]) Wegen der verschiedenen Rechtswirkungen der Abtretung einer aufschiebend bedingten und einer künftigen Forderung vgl. besonders RGZ 67, 425 ff (429). — Die Abtretung der künftigen Hypothekenforderung läßt sich in ihren Auswirkungen auf das Grundpfandrecht der vorweggenommenen Abtretung einer künftig anfallenden Eigentümer- (Brief-) Grundschuld durch den Eigentümer vergleichen. Beide Rechtsgeschäfte wirken sich erst aus, wenn der Verfügende nachträglich selbst erwirbt.

(und damit des Grundpfandrechts), die zunächst ja in seiner Person entstehen muß, aufrecht erhält, von der Begründung dieser Schuldrechtsbeziehung selbst also nicht etwa im Einvernehmen mit dem vorgesehenen Schuldner Abstand nimmt. — Kommt es nämlich hierzu, so wird die bisherige künftige zur endgültig nicht entstandenen Forderung mit der Folge, daß die über sie getroffene Verfügung unwirksam bleibt und außerdem das vorläufige zum regelmäßigen Grundpfandrecht wird.

Es ist deshalb Ackermann[73]) insoweit voll und ganz beizupflichten, wenn er die weit verbreitete Ansicht angreift, daß auf Grund einer — lediglich mit entsprechender (formloser) Zustimmung des Eigentümers (und wahren Grundschuldberechtigten) erfolgten — vorweggenommenen Abtretung insbesondere die künftige Darlehnsforderung sogleich in der Person des Abtretungsempfängers begründet werden und dies zu einem sofortigen Erwerb des hiermit zur Gläubigerhypothek gewordenen Grundpfandrechts führen könne.[74]) Die Vertreter dieser Rechtsansicht übersehen oder berücksichtigen zumindest nicht genügend, daß die in der Person eines Dritten neu begründete Forderung gegen den vorgesehenen Schuldner immer eine andere als die zunächst für das Grundpfandrecht gem. § 1113 Abs. 2 (ggf. i. V. m. § 1180) BGB maßgebliche künftige Forderung ist. Diese neue Forderung kann, da sie mangels einer formellen Forderungsauswechselung i. S. d. § 1180 BGB mit dem dinglichen Recht in keinerlei Beziehung gebracht ist, auch dessen Entwicklung nicht beeinflussen, d. h. nicht zum Erwerb der dinglichen Rechtsstellung eines Hypothekberechtigten führen, da hierfür die in der Grundpfandrechtsordnung zugelassenen Wege allein statthaft sind.[75]) Außerdem aber wird in aller Regel unter solchen Umständen die besondere Entwicklungsfähigkeit des dinglichen Rechtes dadurch beseitigt, daß entweder die zunächst vorgesehenen schuldrechtlich Beteiligten sich darüber einigen, daß zwischen ihnen jedenfalls die Hypothekenforderung überhaupt nicht mehr entstehen solle, oder daß sich im Zeitpunkte der Entstehung der anderen Forde-

---

[73]) S. 350, 351, 352.

[74]) so z. B. RGRKomm Anm. 2 zu § 1163 BGB, Staudinger (10) Anm. 13 zu § 1163 BGB, Planck (4) Anm. 3a u. b zu § 1163 BGB (in sich widerspruchsvoll), Güthe-Triebel Vorbem. 31 zum II. Abschn. GBO u. Anm. 14 zu § 22 GBO, aber auch RGZ 106, 136 ff. (139); dagegen wie hier RGZ 125, 133 ff. (140, 141) in einer Entscheidung zur Höchsthypothek.

[75]) vgl. hierzu auch die Ausführungen in RGZ 125, 133 ff. (141); unberührt bleibt allerdings die anschließend erörterte Möglichkeit bloßen Grundschulderwerbs auf Grund der hier gegebenen Zustimmung des Eigentümers (und Grundschuldberechtigten).

rung entsprechend der für diesen Fall wirksamen Zustimmung des Eigentümers und Grundschuldberechtigten (i. S. d. § 185 Abs. 1 BGB) ein gültiger Rechtserwerb am bislang noch vorläufigen Grundpfandrecht aus der Hand des (abtretenden) Hypothekberechtigten vollzieht. Zu weit geht Ackermann[76]) allerdings insofern, als er meint, ausschließlich die im Sinne der §§ 1180 Abs. 2, 1113 Abs. 2 (1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1) BGB beschränkt wirkende förmliche Ersetzung der bisherigen durch eine andere künftige Forderung eines bisher Unbeteiligten könne den Wünschen der Parteien nach Einschaltung eines solchen Dritten gerecht werden, da nur auf diesem Wege die vorläufige Eigentümergrundschuld[77]) unter Fortdauer der Vorläufigkeit von einer anderen schuldrechtlichen Beziehung abhängig gemacht werden könne. Der Sache nach genügt nämlich die vorweggenommene Übertragung der Gläubigerstellung im Wege der (überdies weniger umständlichen und zumeist auch billigeren) Abtretung der künftigen Darlehensforderung durchaus den hier auftretenden Verkehrsbedürfnissen, führt auch zum erwünschten Rechtserfolg, sofern nur der Abtretungsempfänger als Vertreter des Abtretenden,[78]) der weiterhin als Gläubiger vorgesehen bleibt,[79]) nachträglich für dessen Rechnung die Darlehenshergabe vornimmt und damit zunächst in dessen Person die immer noch maßgebliche künftige Hypothekenforderung zur Entstehung bringt.

Mit dem gleichen Vorbehalt, daß nämlich auch der ursprünglich vorgesehene Schuldner der Hypothekenforderung als solcher nicht etwa im Einverständnis mit dem Gläubiger ausscheidet und in seiner Person die Schuld zur Entstehung gebracht wird,[80]) ist im Rahmen der Vorläufigkeit dem Gläubiger und Hypothekberechtigten auch die Verfügung über die Schuldnerstellung gem. §§ 414, 415 BGB gestattet, zu der er, um im Zeitpunkt der Grundpfandrechtsentwicklung die Wirkung der §§ 418 Abs. 1, 1168 BGB zu vermeiden, lediglich die Einwilligung des derzeitigen Eigentümers benötigt.

---

[76]) S. 353, 354, 355.

[77]) Im Falle der Fremdgrundschuld wäre selbst bei künftiger Ersatzforderung die Verzichtsfolge (§ 1168 BGB) Erwerb des Grundpfandrechts aus der Hand des Legitimierten — d. h. eine Unterbrechung ihrer Vorläufigkeit unvermeidbar, die z. B. die Geltendmachung eines etwa vorgemerkten Löschungsanspruches gem. § 1179 BGB begründen würde.

[78]) vgl. hierüber RGZ 125, 133 ff. (141).

[79]) Der ursprüngliche Darlehnsgeber darf also aus einem Darlehnsvorvertrag als Schuldner nicht entlassen werden; lediglich Erfüllungsübernahme durch den Abtretungsempfänger ist angängig.

[80]) vgl. hierfür Planck (4) Anm. 3a u. b zu § 1163 BGB, Oertmann Komm (5) Vorbem. 9 vor §§ 414 ff. BGB; diesen Vorbehalt übersieht merkwürdigerweise Ackermann S. 251.

Da der Schuldübernehmer zunächst in die künftige Rechtsbeziehung nicht eintritt — auch für den Fall der künftigen Darlehensforderung bleibt Vertragschließender der bisher vorgesehene Schuldner, wenn auch die Auszahlung für dessen Rechnung an den Übernehmer erfolgen soll[81]) — ändert sich die dargestellte ursprüngliche Rechtslage lediglich insofern, als im Augenblicke ihrer Entstehung die persönliche Schuld auf einen bislang Unbeteiligten übergehen kann.

Mit dieser Feststellung mag der Überblick über die dem nachmaligen Hypothekberechtigten in den Grenzen der Vorläufigkeit gestatteten wichtigsten Verfügungen mit Wirkung auf das Grundpfandrecht abgeschlossen werden; die Erörterung weiterer denkbarer, aber dem Rechtsleben fremder Einwirkungsmöglichkeiten des Hypothekerwerbers liegt nicht im Sinne der Untersuchung.

§ 5 IV. Der Fortfall der Vorläufigkeit.

Konnten im Vorangegangenen die besonders wesentlichen Veränderungen der ursprünglichen Lage der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB dargestellt werden, die die Fortdauer der dem Grundpfandrecht verliehenen außerordentlichen Entwicklungsfähigkeit nicht oder nicht wesentlich beeinträchtigen, so verbleibt nunmehr lediglich die Aufgabe, die zur Aufhebung der Vorläufigkeit führenden Tatbestandsänderungen nach Voraussetzung und Auswirkung kurz darzustellen und im einzelnen gegeneinander abzugrenzen.

Hierbei sind zunächst (unter a) diejenigen Rechtsvorgänge zu behandeln, die eine kraft Gesetzes eintretende Entwicklung ausschließen, während der Tatbestand der Rechtsentwicklung selbst, der das Grundpfandrecht gleichfalls seiner Besonderheit entkleidet, daran anschließend (unter b) gesondert zu erörtern ist.

a) Der Fortfall der Vorläufigkeit bei gleichzeitigem Ausschluß der Rechtsentwicklung.

1. Der Untergang des Grundpfandrechts.

Unter den Rechtstatsachen, die unter Ausschluß der Rechtsentwicklung die Vorläufigkeit des Grundpfandrechts beseitigen, nimmt — als regelmäßiger Endigungsgrund jeder Entwicklung — der Rechtsuntergang insofern eine besondere Stellung ein, als hier nicht bloß die rechtliche Eigenart, sondern auch deren

[81]) an den also allenfalls der Auszahlungsanspruch (RGRKomm Anm. 3 zu § 399 BGB), nicht aber der etwa im Darlehnsvorvertrage geschaffene Anspruch auf Darlehensbegründung — mit Zustimmung des Darlehensgebers (RGRKomm Anm. 1 zu § 399 u. Anm. 2 zu § 610 BGB) — abgetreten werden darf.

Träger zerstört wird. Das vorläufige Recht, als ein lediglich durch außerordentliche Entwicklungsfähigkeit ausgezeichnetes, im übrigen aber (seinem Charakter nach) echtes Grundpfandrecht, weist in seinen Untergangsgründen notwendig keinerlei Besonderheit auf, unterliegt vielmehr den allgemein geltenden Bestimmungen. Im einzelnen ist deshalb zumal über die praktisch weniger bedeutsamen Untergangstatbestände, wie etwa den Untergang des Haftungsgegenstandes oder die Fälle der §§ 892, 901 BGB, auch hier wenig zu bemerken. Für die Anwendbarkeit der letzteren beiden Bestimmungen ist die vorgängige Löschung der Grundpfandrechtseintragung, die etwa auf Grund einer unwirksamen Rechtsaufgabe durch den Hypothekberechtigten erfolgen könnte, begriffsnotwendige Voraussetzung, eine zunächst im Rahmen der Vorläufigkeit unschädliche Veränderung, die, schon weil sie die Fortdauer des dinglichen Rechts gefährdet, im Rechtsverkehr kaum vorkommen dürfte. Zu den übrigen Untergangsgründen bedarf es indessen einer etwas eingehenderen Stellungnahme.

Die Befriedigung aus dem Grundstücke und den mithaftenden Gegenständen (§ 1181 Abs. 1 u. 3 BGB), die als echter pfandrechtlicher Untergangstatbestand an erster Stelle erörtert sei, kann, solange das vorläufige Grundpfandrecht dem Eigentümer zusteht, im Wege eines von ihm betriebenen Vollstreckungsverfahrens nicht herbeigeführt werden (§ 1197 BGB), kommt aber — abgesehen davon, daß die Eigentümergrundschuld jederzeit zur Fremdgrundschuld werden kann — stets in Betracht, da in einem von dritter Seite betriebenen Verfahren auch das vorläufige Recht berücksichtigt wird. Der im Wege der Befriedigung erzielte Erlös gebührt entsprechend der wahren Rechtslage dem jeweils am vorläufigen Grundpfandrecht Berechtigten, und zwar dem Grundschuldberechtigten, einem Pfandgläubiger oder Nießbraucher, während die Anwärter, Hypothekberechtigter, Pfandgläubiger und Nießbraucher, keinerlei Rechtsschutz zu beanspruchen haben.[1]) Die Berücksichtigung der wahren Berechtigten erfordert allerdings die Darlegung der wirklichen Rechtslage, eine Voraussetzung, die indessen vermöge der Ansprüche auf Buchberichtigung und Briefherausgabe regelmäßig unschwer zu schaffen ist.[2]) Wird hierbei tatsäch-

[1]) Zu Unrecht hält Korintenberg-Wenz Anm. 2a zu §§ 119, 120 ZVG eine entsprechende Anwendung der §§ 119, 120 ZVG für zulässig und sogar geboten.

[2]) Zumal selbst ein im Einzelfalle begründeter schuldrechtlicher Erwerbsanspruch des Hypothekberechtigten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben dem verpflichteten Berichtigungskläger nicht mehr entgegengehalten werden kann, wenn und soweit Zahlung aus dem Grundstück oder den mithaftenden Gegenständen unmittelbar bevorsteht.

lich die Buchberichtigung durchgeführt, so endet schon vor der Befriedigung die Vorläufigkeit aus dem Gesichtspunkte einer Übereinstimmung von Buchstand und Rechtsinhaberschaft, lediglich dort also, wo das bloße Anerkenntnis der Nichtentstehung der Hypothekenforderung abgegeben und ggf. der Brief zur Verfügung gestellt wird, erfolgt der Fortfall der Vorläufigkeit zugleich mit der Befriedigung.

Soweit sich die Befriedigung im Wege der Zwangsversteigerung vollzieht, wird das nicht bestehenbleibende Grundpfandrecht, das vorläufige ebenso wie das regelmäßige, als solches schon durch den rechtskräftigen Zuschlag beseitigt, übrigens selbst dann, wenn es aus dem Versteigerungserlös nicht berücksichtigt wird, also ausfällt (§§ 52, 91 ZVG). Hier — wie im ähnlich liegenden Tatbestande der Enteignung, der eine besondere Behandlung im Rahmen der Darstellung nicht findet [3]) — tritt an die Stelle des von der Belastung frei werdenden Grundstückes als Haftungsgegenstand die Forderung des bisherigen gegen den neuen Eigentümer auf Berichtigung des Gebotes.

Das Grundpfandrecht wird zu einem — in gewissen Grenzen noch den bislang geltenden Rechtssätzen unterliegenden — Forderungspfandrecht, [4]) das z. B. noch eines kraft Gesetzes erfolgenden Überganges fähig ist, [5]) um im Verteilungstermin diese Fähigkeit zu verlieren [6]) und zu enden. Entwicklungsstufe zur Gläubigerhypothek ist dieses Recht indessen nicht mehr, es verdient deshalb auch in diesem Rahmen keine eingehendere Darstellung.

Als letzter zum Untergange des Grundpfandrechts führender Tatbestand sei die Aufgabe (§ 1183 BGB) behandelt. — Nach gesetzlicher Bestimmung erfordert sie Aufgabeerklärung des Grundpfandberechtigten, Zustimmung des Eigentümers und Löschung der Rechtseintragung im Grundbuche. Als selbständiger Endigungsgrund der Vorläufigkeit kommt sie, da eine zuvor oder gleichzeitig erfolgende Richtigstellung des Grund-

---

[3]) Im einzelnen sei auf die landesgesetzliche Regelung — z. B. §§ 37. 44, 45 Abs. 1 u. 2 prGes über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. 6. 1874 (GesS S. 221) i. V. m. prAGZVG (Art. 35) vom 23. 9. 1899 (GesS S. 291) hingewiesen.

[4]) vgl. u. a. Korintenberg-Wenz Anm. 6 zu § 92 ZVG, RGZ 75, 313 ff. (316); 88, 300 ff. (303, 304); im übrigen s. auch Ackermann S. 247.

[5]) ganz ebenso wie gemäß §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB zugunsten des Eigentümers (RGZ 88, 300 ff. - 304, 305 -) im hier behandelten Falle zugunsten des Hypothekanwärters.

[6]) vgl. hierzu Planck (4) Anm. 3 a zu § 1163 BGB, Güthe-Triebel Anm. 14 zu § 22 GBO, RGZ 55, 217 ff. (222); 125, 133 ff. (136).

buches schon an sich das vorläufige zum endgültigen Recht machen würde, nur dort in Betracht, wo sie unter Ausnutzung der Buchstellung des Hypothekberechtigten erfolgt.

Je nachdem, ob es sich im Einzelfalle um ein vorläufiges Recht des Eigentümers oder eines Fremden handelt, erfolgt sie im ersteren Falle, wenn zu der — nur formalen — Mitwirkung des Hypothekberechtigten, die die Löschung ermöglicht, die sachlich-rechtlich allein ausschlaggebende einseitige Aufgabe- und Zustimmungserklärung des Eigentümers (dem Grundbuchamt gegenüber) abgegeben wird, andernfalls kraft echter Aufhebungsverfügung des Nichtberechtigten, die nur bei gleichzeitigem — nicht nachträglichem – Eintreten der Voraussetzungen der §§ 893 (1138),[7]) 185 Abs. 1 BGB wirksam sein kann. Sachlich-rechtlich ist gemäß § 876 BGB die Zustimmung der am vorläufigen Rechte etwa begrenzt Berechtigten erforderlich, ausgenommen den Fall, daß der Eigentümer als Empfänger der Aufgabeerklärung von ihnen keine Kenntnis hat, während formell (§ 19 GBO) die Zustimmung von legitimierten scheinbaren Pfandgläubigern und Nießbrauchern benötigt wird.

Die Rechtsfolgen des Grundpfandrechtsunterganges, abgesehen vom gleichzeitigen Fortfall der Vorläufigkeit, bedürfen keiner näheren Ausführung. — Mit dem Grundpfandrecht erlöschen die daran etwa bestehenden dinglichen Rechte Dritter. Bis dahin nicht gültig gewordene Verfügungen des Hypothekberechtigten über das Recht können schlechthin keine Wirksamkeit mehr erlangen.[8]) Lediglich die Entstehung der allerdings dann ungesicherten Forderung ist hiervon rechtlich nicht berührt, sodaß die Verfügungen über die künftige Forderung nach wie vor gültig werden, die über die aufschiebend bedingte Forderung getroffenen — insoweit schon gültigen — Verfügungen den unmittelbaren Erwerb der unbedingten Gläubigerstellung oder eines Pfandrechts bzw. Nießbrauchs an der voll rechtsbeständigen Forderung und die Vervollkommnung der zunächst übernommenen bedingten zur vollen Schuld des Übernehmers nach sich ziehen können.

Der gegebene kurze Überblick mag genügen, um Bedeutung und Auswirkung eines Rechtsunterganges für die hier behandelte besondere Rechtslage zu kennzeichnen. — Alle übrigen Endigungsgründe der Vorläufigkeit, von denen an-

[7]) wegen der Anwendbarkeit des § 893 BGB auf die Rechtsaufhebung, sofern sie dem Eigentümer gegenüber erklärt wird, vgl. Staudinger (10) Anm. 5 u. 6 zu § 893 BGB; noch weitergehend Planck (5) Anm. 1 b β zu § 893 BGB.

[8]) es sei denn, nach erfolgtem Zuschlage, an dem verbliebenen Forderungspfandrecht, das erst im Verteilungstermin erlischt, im Rahmen der Darstellung aber keine besondere Berücksichtigung findet.

schließend zu handeln ist, zeichnen sich demgegenüber gerade dadurch aus, daß hier der Fortbestand des Grundpfandrechtes nicht in Frage gestellt wird.

2. Die Ausschließung der Forderungsentstehung.

Die notwendige Voraussetzung — auch für die Fortdauer — der Vorläufigkeit war das dem § 1113 Abs. 2 BGB zu entnehmende Erfordernis einer noch nicht entstandenen (aufschiebend bedingten oder künftigen) Hypothekenforderung. Deren Veränderung zur endgültig nicht entstandenen Forderung, die dem Grundpfandrecht seine besondere Entwicklungsfähigkeit nimmt,[9]) vollzieht sich nun verschieden, je nachdem ob die schuldrechtliche Beziehung schon einen, wenn auch unvollkommenen, Rechtsbestand hat oder lediglich ein für die Zukunft gedachtes und in Aussicht genommenes Rechtsverhältnis ist.

Die Feststellung, daß eine aufschiebend bedingte Forderung nicht mehr entstehen wird, ist in erster Linie dort gerechtfertigt, wo die Bedingung ausfällt, ausgenommen den Fall, daß dieser Umstand vom Schuldner wider Treu und Glauben herbeigeführt worden ist (§ 162 BGB). Neben dem Bedingungsausfall kommt allenfalls als Grund für die Ausschließung der Forderungsentstehung hier wie bei jedem anderen Schuldverhältnis die Möglichkeit in Betracht, daß die Beteiligten gemeinsam durch entgegengesetztes Geschäft die Wirkung der bedingten Forderungsbegründung — rückwirkend — beseitigen[10]) oder seitens eines Beteiligten eine wirksame Anfechtung (§§ 119, 120 BGB) stattfindet. Darüber hinaus wird man aus begrifflichen Erwägungen zu dem Schluß gelangen, daß die Vereinigung der bedingten Gläubiger- und Schuldnerstellung die Möglichkeit einer Forderungsentstehung ausschließt.

Dagegen wäre etwa ein einseitiges Abrücken des einen oder des anderen Beteiligten von dem bereits unanfechtbar begründeten (wenn auch nicht voll entwickelten, weil bedingten) Schuldverhältnis rechtlich nicht möglich; ein von der einen oder anderen Seite unternommener Versuch in dieser Richtung wäre für die Frage nach der Möglichkeit der Forderungsentstehung durchaus unerheblich.

---

[9]) Maßgeblich ist auch hier wieder die ursprünglich vorgesehene, ggf. eine gem. §§ 1180 (1113 Abs. 2), 1163 Abs. 1 S. 1 BGB als für die Eigentümergrundschuld bestimmend ersatzweise eingeführte Forderung.

[10]) wegen dieser rechtlichen Möglichkeit vgl. z. B. Staudinger (9) Einl. C II zu §§ 362 ff. BGB, Planck (4) Vorbem. 1 vor §§ 362 ff. BGB, Oertmann Komm (5) Vorbem. 1 b α vor §§ 362 ff. BGB; mit einem solchen Geschäft nicht einverstandene Pfandgläubiger und Nießbraucher der bedingten Forderung sind grundsätzlich auf die Rechte aus § 160 (ggf. i. V. m. § 162) BGB angewiesen.

Ganz anders gestaltet sich die Lage bei der künftigen Hypothekenforderung, die zu ihrer Entstehung erst noch der Begründung durch die als Gläubiger und Schuldner vorgesehenen, bisher nicht gebundenen Beteiligten bedarf. Hier schließt nicht allein — anders als regelmäßig bei bedingter Forderung — der Tod des einen oder des anderen die nachmalige Entstehung der Forderung aus, vielmehr ist hier der Willensrichtung der Beteiligten eine entscheidende Bedeutung beizumessen.

Im Einklang mit der ausdrücklichen Regelung des Gesetzes für die bei Begründung einer Höchsthypothek entstehende Eigentümergrundschuld (§ 1190 BGB) muß angenommen werden, daß allgemein schon die übereinstimmende Willenserklärung, d. h. die gültige vertragsmäßige Feststellung beider Parteien, das Schuldverhältnis solle nicht mehr begründet werden, auch ein für allemal die Entstehung dieses Rechtsverhältnisses für die Zukunft ausschließt.[11]) Eine nachträgliche Sinnesänderung wäre, da mit der getroffenen Feststellung die Forderung zur endgültig nicht entstandenen geworden und zugleich das Grundpfandrecht seiner Besonderheit verlustig gegangen ist, als rechtlich bedeutungslos zu bezeichnen.

Eine solche übereinstimmende Feststellung beider Parteien mag dahin gehen, daß ausdrücklich die Entstehung der Forderung ausgeschlossen wird, sie mag in einem „Erlaß“ [12]) erblickt werden, oder sie mag sich schließlich auch darin äußern, daß im Einverständnis mit dem anderen Teil der Gläubiger oder Schuldner statt der zunächst maßgeblichen eine gleichartige Forderung mit einem bisher Unbeteiligten begründet oder als zu begründend in Aussicht nimmt, ohne daß auch nur einer der bislang Beteiligten in diesem Zeitpunkt noch die Herstellung der zunächst gedachten, im Ausmaß des § 1113 Abs. 2 BGB für das vorläufige Recht ausschlaggebenden, Hypothekenforderung [13]) ernsthaft erwägt.

Darüber hinaus ist — sofern nicht ein schuldrechtlicher, beide Teile zur Forderungsbegründung verpflichtender Vorver-

---

[11]) und zwar ohne daß etwaige Abtretungsempfänger, Pfandgläubiger oder Nießbraucher, denen zunächst eine gegenwärtige Rechtsstellung fehlt, widersprechen könnten.

[12]) vgl. hierzu RGRKomm Anm. 2 zu § 397 BGB, Planck 4) Anm. 1 b zu § 397 BGB.

[13]) Die zunächst gedachte Forderung und der Wille, diese Forderung zu begründen, wird nur dort für das vorläufige Recht unerheblich, wo zuvor schon im Wege einer begrenzt wirkenden Forderungsauswechselung (§§ 1180, 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1 BGB) die Eigentümergrundschuld mit einer neuen Hypothekenforderung verknüpft worden ist.

trag zu einer anderen Beurteilung nötigt — auch schon eine ernsthafte einseitige Ablehnung des Gläubigers oder Schuldners, bei der Forderungsbegründung noch mitzuwirken, geeignet, die Feststellung zu tragen, daß die Forderung nicht mehr entstehen soll,[14]) die künftige also zur schlechthin nicht entstandenen Forderung zu machen. — Es muß sich bei einer solchen Ablehnung allerdings um eine endgültige Stellungnahme, nicht also um eine vorsorglich abgegebene Erklärung,[15]) handeln, deren Rückgängigmachung jedenfalls dann nicht mehr von Bedeutung sein kann, wenn nachträglich auch der andere Teil sich mit der Ablehnung der Forderungsbegründung einverstanden erklärt hat.

Sobald danach feststeht, daß die vorgesehene Hypothekenforderung nicht mehr zur Entstehung gelangen wird, wird das vorläufige Grundpfandrecht zur regelmäßigen Gestaltung, die an ihm bestehenden Rechtsstellungen — des Grundschuldberechtigten, Pfandgläubigers, Nießbrauchers — verlieren ihre eigentümliche Schwäche. Zugleich entfällt hiermit die Möglichkeit, daß die vom nachmaligen Hypothekberechtigten getroffenen zunächst unwirksamen Verfügungen über das Grundpfandrecht jedenfalls kraft Forderungsentstehung gem. § 185 BGB nachträglich voll wirksam werden.[16]) Die über die künftige Forderung vorgenommenen Verfügungen werden gegenstandslos, der durch Rechtsgeschäfte über die aufschiebend bedingte Forderung geschaffene Rechtszustand wird aufgehoben.

3. Die Vereinigung von Buchstellung und Rechtsmacht.

Die dem Grundpfandrecht verliehene Eigenart kann nur unter der Voraussetzung fortdauern, daß der von vornherein geschaffene Zwiespalt zwischen der wahren Inhaberschaft am vorläufigen Recht und der legitimierenden Buchstellung — wenn auch nicht unverändert — aufrecht erhalten bleibt, jedenfalls nicht vor Rechtsentwicklung zum Ausgleich gelangt, sodaß bis zu diesem Zeitpunkte ein regelmäßiger Rechtserwerb im Einklang mit der Buchdarstellung nicht möglich ist.

---

[14]) Eine solche Erklärung ist nicht ohne weiteres, wie Obermair JW S. 80 meint, in der Abgabe einer die Grundbuchberichtigung ermöglichenden Bewilligung des Hypothekberechtigten zu erblicken (so auch Recke 1936 S. 3221 u. 1937 S. 81); eine derartige Auslegung kann allenfalls unter besonderen Umständen (Personengleichheit von Grundschuldberechtigtem und künftigem Schuldner, Abgabe einer Berichtigungsbewilligung trotz bestehenden schuldrechtlichen Erwerbsanspruches) geboten sein.

[15]) im einzelnen s. Obermair JW S. 80, Recke 1937, S. 81.

[16]) Die Möglichkeit, daß gem. § 185 Abs. 2 BGB Verfügungen des Nichtberechtigten auf andere Weise geheilt werden, bleibt selbstverständlich offen.

Ein Ausgleich, der notwendig die Vorläufigkeit behebt, kann sich nun aus dreierlei Gründen ergeben: Es kann durch einen äußerlichen Vorgang dem wahren Berechtigten die Stellung im Grundbuch oder die gleichartige Legitimation gemäß § 1155 BGB nachträglich zuteil werden. Es mag ferner durch eine sachlich-rechtliche Verschiebung der buchmäßig Ausgewiesene die wahre Rechtsmacht schon vor der Rechtsentwicklung erhalten, und es ist schließlich denkbar, daß durch eine zugleich förmliche und sachliche Veränderung des ursprünglichen Tatbestandes die Legitimation mit der Pfandberechtigung in einer Person zusammentrifft.

Zur ersterwähnten Gruppe der an sich rein formalen Vorgänge gehört als außerordentlich bedeutsamer Unterfall die bewußte Grundbuchberichtigung, deren Erzwingung dem vorläufigen Grundschuldberechtigten (und denen, die von ihm begrenzte Rechte am vorläufigen Recht erhalten haben) vermöge des gegen jeden eingetragenen Nichtberechtigten gegebenen Berichtigungsanspruches möglich ist, es sei denn, daß schuldrechtliche Einreden entgegengehalten werden können. — Die auf Grund einer — vom Buchlegitimierten — abgegebenen Bewilligung oder eines Anerkenntnisses des Nichtbestehens der Forderung[17]) erfolgende berichtigende Eintragung bringt nicht bloß den wahren Rechtsinhaber, sondern auch die wahre (Grundschuld-) Form im Buche zum Ausdruck und gleicht so den bestehenden Zwiespalt zwischen Buchstand und Rechtslage vollkommen aus.

Neben dieser gewollten Änderung der Bucheintragung, mag sie Selbstzweck sein oder im Zusammenhange mit einer Verfügung über das bis dahin vorläufige Recht erfolgen, stehen aber, was bislang übrigens nicht allgemein berücksichtigt wurde, Rechtsvorgänge ähnlichen Ergebnisses. — So ist ein Verzicht gemäß § 1168 BGB, der vom buchlegitimierten Hypothekberechtigten ausgesprochen und deshalb sachlich wirkungslos ist, um der damit verbundenen Bucheintragung willen wie eine echte Berichtigung anzusehen, wenn der Eigentümer zur Zeit der Verzichtseintragung gleichzeitig der wahre Grundschuldberechtigte ist. Unter diesen Umständen nämlich wird durch den an sich unzutreffenden Vermerk,[18]) das Recht sei

---

[17]) Die Abgabe einer solchen Erklärung für sich allein, d. h. ohne tatsächliche Änderung des Buchstandes, genügt nicht; so mit Recht Recke 1936, S. 3221 und 1937 S. 81 gegen Obermair JW S. 79, 80, DNotZ S. 660, 661.

[18]) dessen Eintragung formell die Bewilligung der legitimierten scheinbaren Pfandgläubiger und Nießbraucher erfordern würde (§ 19 GBO).

als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangen,[19]) dieser als wahrer Berechtigter auch buchmäßig legitimiert, überdies das Grundbuch im Ergebnis auch hinsichtlich der Grundschuldform des Rechts richtiggestellt. Endlich gehört hierher die Übertragung der Legitimation an den wahren Berechtigten im Wege einer vorweggenommenen Abtretung der Hypothekenforderung durch den einstweilen noch nicht berechtigten Hypothekanwärter. Wenn nämlich der Abtretungsempfänger — ausnahmsweise — selbst der wahre Inhaber des vorläufigen Grundpfandrechts ist, so erhält er infolge der Förmlichkeiten der (das dingliche Recht nicht übertragenden) Abtretung bei der Buchhypothek notwendig, bei der Briefhypothek nur dann nicht, wenn von einer Eintragung der Abtretung und der Beglaubigung der Abtretungserklärung abgesehen wird, zur sachlichen auch die förmliche Rechtsstellung,[20]) wodurch der zwischen den beiden Stellungen anfänglich gegebene Zwiespalt im wesentlichen aufgehoben wird.

Den Übertragungen der Buchstellung an den wahren Inhaber des vorläufigen Rechts stehen gegenüber die Übertragungen der wahren Grundpfandberechtigung an den Buchlegitimierten, die gleichfalls den für die Fortdauer der Vorläufigkeit notwendigen Gegensatz ausgleichen. — Hierher gehören alle die Fälle, in denen der Buchlegitimierte kraft Rechtsnachfolge, sei es Gesamtnachfolge (wie Erbgang), sei es Einzelnachfolge (wie z. B. Abtretung beim Briefrecht), ohne eine Veränderung des äußeren Tatbestandes, zumal des Buchstandes, an Stelle des ursprünglich Berechtigten zum vorläufigen Grundschuldberechtigten wird und damit in seiner Person die erworbene sachliche und die ihm bislang schon verliehene förmliche Rechtsstellung vereinigt.

Als eine zugleich sachlich-rechtlich und formell in Erscheinung tretende Veränderung der Rechtslage, wie sie endlich gleichfalls den Zwiespalt zwischen wahrer und buchmäßiger Berechtigung beseitigt, ist regelmäßig der vom Nichtberechtigten ausgesprochene — gem. §§ 185 Abs. 1, 893 (1138)[21]) BGB

---

[19]) wegen dieser Fassung vgl. Staudinger (10) Anm. 2 zu § 1168 BGB; wird lediglich der erfolgte Verzicht — nicht seine Rechtsfolge — zum Ausdruck gebracht, kommt dieser Tatbestand als Endigungsgrund der Vorläufigkeit nicht in Betracht.

[20]) Da es sich hier um einen Abtretungsvorgang handelt, bedarf es auch aus formellen Gründen nicht der Bewilligung legitimierter, aber einstweilen noch nicht berechtigter Pfandgläubiger und Nießbraucher, obwohl diese hiermit ihrer Anwartschaften verlustig gehen.

[21]) Die Bestimmung des § 893 BGB ist zumindest dort anwendbar, wo der Verzicht dem Eigentümer (nicht dem Grundbuchamt) gegenüber erklärt wird; vgl. Staudinger (10) Anm. 5 zu § 1168 BGB, Biermann Komm Anm. 6 b α zu §§ 892, 893 BGB.

vor Rechtsentwicklung gültige — Verzicht auf die bislang vorläufige Fremdgrundschuld zu nennen. Die Verfügung, die sachlich auch die Zustimmung etwaiger Pfandgläubiger oder Nießbraucher am vorläufigen Rechte erfordert (§§ 877, 876 BGB) ausgenommen den Fall, daß deren Rechte dem Eigentümer als Empfänger der Verzichtserklärung unbekannt sind — und die förmlich (§ 19 GBO) der Bewilligungen der als begrenzt berechtigt zu Unrecht Legitimierten bedarf, führt zu einem Übergange des Grundpfandrechtes auf den Eigentümer, der, falls, wie richtig, auch die Verzichtsfolge eingetragen wird,[22]) in seiner Person erstmalig und neuerdings wahre Rechtsmacht und Buchstellung vereinigt. — Hierher gehören schließlich auch die Tatbestände des gültigen Erwerbs kraft Übertragungsverfügung des Hypothekberechtigten (§§ 185, 892 - 1138 - BGB), soweit sie (wie beim Buchrecht immer, beim Briefrecht nur dort nicht, wo eine Abtretungserklärung in einfacher Schriftform gem. § 1154 Abs. 1 BGB erteilt wird) dem Erwerber neben der Rechtsmacht die förmliche Legitimation gewähren, ihm als wahren Inhaber des Grundpfandrechts zugleich die Buchstellung verschaffen.

Die Auswirkung aller rechtlichen Änderungen, in deren Verfolg es zur Übereinstimmung von Buchstand und Rechtslage kommt, ist, wie folgt, zusammenzufassen:

Das bislang vorläufige wird zum regelrechten Grundpfandrecht mit der Folge, daß die an ihm wirksam begründeten Rechtsstellungen ihre besondere Schwäche verlieren, soweit sie nicht — weil dem Grundbuche fremd — einem insofern gutgläubigen Erwerber gegenüber völlig entfallen, d. h. erlöschen. Die nachmalige Entstehung der für das Grundpfandrecht nicht mehr maßgeblichen Forderung hat für solche Verfügungen des Hypothekberechtigten über das dingliche Recht, die noch nicht wirksam geworden sind, keinerlei Rechtsbedeutung i. S. des § 185 Abs. 2 BGB mehr. — Lediglich wieder das Schicksal der Forderung selbst bleibt rechtlich von einer solchen Veränderung unberührt. Verfügungen über die künftige Forderung mögen also noch wirksam werden, der durch Verfügungen über die aufschiebend bedingte Forderung bereits geschaffene Rechtszustand mag sich durch Bedingungseintritt vervollkommnen und festigen.

---

[22]) Unterbleibt dies, so führt der Verzicht aus dem Gesichtspunkt eines gültigen Rechtserwerbes aus der Hand des Legitimierten zum Fortfall der Vorläufigkeit.

4. Der Rechtserwerb aus der Hand des Nichtberechtigten.

Die Vorläufigkeit als rechtliche Eigenschaft konnte dies ergab die dem Grundbuch wesentliche Bestimmung, nur regelrechte Grundpfandrechte vollkommen und verbindlich darzustellen — den Zeitpunkt nicht überdauern, in dem (vor Rechtsentwicklung) ein außerordentlicher Rechtserwerb aus der Hand des Legitimierten, d. h. im förmlichen Einklang mit dem Buchstande, sich vollzog.

Als selbständiger Endigungsgrund der Vorläufigkeit kommt der gültige Erwerb am — bislang — vorläufigen Rechte allerdings nur dort in Betracht, wo nicht gleichzeitig eine Übereinstimmung von Buchstand und Grundpfandberechtigung erzielt wird.

Mit dem hiernach gebotenen Vorbehalt fallen unter den hier behandelten Tatbestand zunächst die gemäß §§ 185, 892 (1138) BGB gültigen Übertragungs- und Belastungsverfügungen über das Grundpfandrecht, die der zu Unrecht ausgewiesene Hypothekberechtigte[23]) vornimmt. Der Verfügende bedarf zur Übertragung oder Verschaffung einer solchen Rechtsstellung weder der Zustimmung der am vorläufigen Recht begrenzt Berechtigten noch der durch Buchstellung zu Unrecht als solche Ausgewiesenen, da es sich hier um Übertragung oder Belastung — nicht Inhaltsänderung — handelt.

Lediglich dort, wo ein Grundpfandrechtserwerb aus der Hand des Legitimierten sich kraft gültigen Verzichts (§§ 185 Abs. 1, 893, 1168 BGB)[24]) — ohne gleichzeitige buchmäßige Klarstellung des Rechtsüberganges auf den Eigentümer — vollzieht, ist sachlich die Zustimmung der sämtlichen am vorläufigen Rechte Beteiligten (§§ 877, 876 BGB), soweit deren Rechtsstellungen nicht dem Eigentümer als Empfänger der Verzichtserklärung unbekannt sind, erforderlich, während die Verzichtseintragung formell die Bewilligung der durch Buchstellung ausgewiesenen scheinbar Berechtigten voraussetzt. Gleiches gilt für den besonderen Fall, daß sich der Rechts-

---

[23]) der der Gläubiger der ursprünglichen oder der gemäß § 1180 Abs. 2 BGB eingetragene Gläubiger einer noch nicht entstandenen ersatzweise eingeführten Hypothekenforderung sein mag, aber auch jeder andere genügend legitimierte Nichtberechtigte.

[24]) Der Fall, daß gem. § 1180 Abs. 2 BGB ein Dritter als Gläubiger einer rechtsbeständigen Ersatzforderung das zur Gläubigerhypothek umgestaltete dingliche Recht (etwa gem. §§ 185, 892 - 1138 - BGB) gültig erwirbt, ist, da es sich hier zugleich um Herbeiführung der vorgesehenen rechtlichen Endgestaltung handelt, an dieser Stelle noch nicht zu erörtern.

erwerb aus der Hand des legitimierten Hypothekberechtigten im Rahmen einer Forderungsauswechselung abspielt, die mangels einer gegenwärtigen Ersatzforderung oder mangels Briefübergabe an den Gläubiger gem. §§ 185, 893 BGB wie ein bloßer Verzicht (§ 1168 BGB) wirkend zu einem Grundpfandrechtserwerb des Eigentümers führt.

Der gültige Erwerb einer Rechtsstellung am vorläufigen Rechte aus der Hand des Buchlegitimierten führt in jedem Falle dazu, daß das erworbene oder belastete Recht, seiner besonderen Entwicklungsfähigkeit beraubt, zur regelrechten Grundschuld des Eigentümers oder eines Dritten wird. Die an ihm bislang schon bestehenden begrenzten Rechte entfallen bei solchem Grundpfandrechtserwerb, erfahren eine Rangverschlechterung bei solcher Belastung, sofern sie dem betreffenden Begünstigten unbekannt sind; soweit sie danach bestehen bleiben, verlieren sie andrerseits die ihnen bisher anhaftende eigenartige Schwäche und Hinfälligkeit. Für die bis dahin nicht gültigen Verfügungen des Nichtberechtigten über das Grundpfandrecht büßt die etwaige nachmalige Forderungsentstehung, die an sich noch durchaus möglich ist, jede Rechtsbedeutung ein.

5. Die rechtsgeschäftliche Umgestaltung zur Gläubigerhypothek.

Während die bisher erörterten Endigungsgründe der Vorläufigkeit zugleich die Erreichung des bei Rechtsbestellung gewollten Entwicklungszieles hinderten, das Grundpfandrecht also außer im Falle des Unterganges als regelrechte Eigentümer- oder Fremdgrundschuld bestehen blieb, nimmt der letzte Endigungsgrund, die Umgestaltung des vorläufigen Rechtes im Wege eines Rechtsgeschäftes zur Gläubigerhypothek, eine besondere Stellung ein: Hier wird das Grundpfandrecht, mag es dem Eigentümer oder einem Eigentumsfremden als Grundschuld zustehen, der vorgesehenen Endgestaltung zugeführt, wobei lediglich — und das ist das Wesentliche — der kraft Gesetzes eintretende Entwicklungsvorgang ausgeschlossen wird.

Eine solche rechtsgeschäftliche Veränderung kann als selbständiger Endigungsgrund der Vorläufigkeit selbstverständlich nur dort anerkannt werden, wo nicht, wie bei der Umwandlung des Rechtes aus der Grundschuld- in die Hypothekform (§ 1198 BGB), der wahre Inhaber des vorläufigen Rechts (und die wahre Rechtsform) berichtigend im Grundbuche zum Ausdruck gebracht werden mußte. Hier kann also nur ein unter Ausnutzung der scheinbaren Rechtslage, d. h. unter Mitwirkung des legitimierten Hypothekberechtigten, wirksam vorgenommenes Rechtsgeschäft in Betracht kommen.

Als einziger hierhergehöriger Fall ist danach die gültige Auswechselung der noch nicht entstandenen gegen eine bestehende Hypothekenforderung (§ 1180 BGB) mit entsprechender Wirkung auf das bislang vorläufige Grundpfandrecht anzuführen. Eine derartige Ersetzung der ursprünglichen durch eine andere Forderung erfordert, wie bereits eingehend dargestellt, abgesehen von der Eintragung, die Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger der neuerdings zu sichernden rechtsbeständigen Forderung und außerdem ggf. die Zustimmung des bisherigen Gläubigers und Hypothekanwärters (§ 1180 Abs. 1 u. 2 BGB). Die Verfügung, die übrigens außerdem auch die Besitzverschaffung am Hypothekenbriefe verlangt (§ 1117 BGB), ist oder wird allerdings, da dem bisher als Hypothekengläubiger Legitimierten die sachliche Rechtsmacht fehlt, in jedem Falle nur wegen der Mitwirkung des Eigentümers (so bei der Eigentümergrundschuld) oder (wie bei der Fremdgrundschuld) gem. §§ 185, 892, 893 (1138)[25]) BGB gültig. Sachlich erfordert sie — abgesehen vom Tatbestande eines insoweit gutgläubigen (Dritt-) Erwerbs — die Zustimmung der am vorläufigen Grundpfandrechte etwa begrenzt Berechtigten, immer bedarf die Eintragung des Auswechselungsvermerkes der formellen Bewilligung legitimierter scheinbarer Pfandgläubiger und Nießbraucher.

Sachlich gestaltet die gültige Forderungsauswechselung unter den angegebenen Voraussetzungen das vorläufige Recht zu einer Hypothek des Gläubigers, der immer ein Eigentumsfremder sein muß,[26]) um, hat also im Ergebnis stets die Wirkung einer Umwandlung und Übertragung des Grundpfandrechts. Mit Rücksicht auf die Umwandlungswirkung müssen folglich die an der vorläufigen Eigentümer- oder Fremdgrundschuld begründeten Rechtsstellungen vernichtet werden, der bisherige Grundschuldberechtigte verliert mit der Inhaberstellung zugleich das Eigentum am Briefe, Nießbrauch oder Pfandrecht erlöschen. Noch nicht wirksame Verfügungen des bislang legitimierten Hypothekengläubigers über das Grundpfandrecht können jedenfalls durch nachmalige Entstehung der ursprünglich vorgesehenen und jetzt nicht mehr maßgeblichen Hypothekenforderung nicht mehr Gültigkeit erlangen, obwohl die Entstehung dieser Rechtsbeziehung selbst durch die Verfügung

[25]) Die Bestimmung des § 892 BGB kommt als Gültigkeitsvoraussetzung dort in Betracht, wo der Ersatzgläubiger ein bislang unbeteiligter Dritter ist.

[26]) Der Eigentümer kann eine ihm selbst zustehende Forderung um deswillen nicht unterlegen, weil das Gesetz nicht bloß die ursprüngliche Schaffung einer Eigentümerhypothek im Wege des Bestellungsgeschäftes ausschließt, sondern damit zugleich die Neugestaltung eines bestehenden Rechtes durch entsprechendes Rechtsgeschäft mit gleichem Ziele verbietet.

nicht in Frage gestellt ist. Die Verfügungen über diese Forderung mögen also, falls es sich um eine künftige Rechtsbeziehung handelt, noch nachträglich volle Wirksamkeit erlangen, die an der aufschiebend bedingten Forderung insoweit schon wirksam begründeten Rechtsstellungen mögen sich durch Bedingungseintritt entsprechend vervollkommnen.

b) Die Rechtsentwicklung zur Gläubigerhypothek und der bestimmungsgemäße Fortfall der Vorläufigkeit.

Während die unter a) dargestellten rechtlichen Veränderungen die besondere Entwicklungsfähigkeit des gem. §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB geschaffenen Grundpfandrechtes beseitigten, ehe diese sich auswirken konnte, und damit zu Unterbrechungen des bei Rechtsbestellung vorbestimmten Geschehensablaufes führten, so findet demgegenüber die Vorläufigkeit ihr bestimmungsgemäßes Ende mit der kraft Gesetzes erfolgenden Entwicklung des Rechts zur Hypothek des Gläubigers. Ausgelöst wird dieser aus der eigenartigen Fähigkeit des Grundpfandrechts erklärliche und in ihr begründete Rechtsvorgang durch die nachträgliche Entstehung der zunächst aufschiebend bedingten oder künftigen Hypothekenforderung (i. S. des § 1113 Abs. 2 ggf. i. V. m. §§ 1180, 1163 Abs. 1 S. 1 BGB), mithin entweder durch Bedingungseintritt bzw. Verwirklichung des Tatbestandes des § 162 BGB oder durch Begründung der schuldrechtlichen Beziehung zwischen dem vorgesehenen Gläubiger und dem in Aussicht genommenen Schuldner.

Infolge der Rechtsentwicklung, die sich bei unveränderter ursprünglicher Rechtslage notwendig, aber auch sonst regelmäßig als Verwandlung und Übergang und nur in besonders gelagerten Fällen lediglich als Verwandlung des Grundpfandrechts auswirkt, wird das bisher als vorläufige Eigentümer- oder Fremdgrundschuld gestaltete Recht zur Fremd- oder Eigentümerhypothek, je nach der Stellung des Gläubigers, zu dessen Gunsten die Hypothekenforderung tatsächlich entsteht. Dabei verschafft der Übergang eines Briefrechtes dem Erwerber zugleich kraft Gesetzes das Eigentum an dem ihm bisher nicht gehörigen Hypothekenbriefe (§ 952 Abs. 2 BGB), gleichgültig, in wessen Hand dieser in der Zwischenzeit gelangt ist, während die Verwandlung alle am vorläufigen Rechte begründeten begrenzten dinglichen Rechte, wie Nießbrauch und Pfandrecht, untergehen läßt.[27])

[27]) Damit verlieren die in den Besitz des Briefes gelangten vorläufigen Pfandgläubiger oder Nießbraucher auch ihr Recht auf diesen.

Mit der Entwicklung des Grundpfandrechts, das nun dem Gläubiger der entstandenen Hypothekenforderung als (einstweiliges) Sicherungsrecht zusteht, werden dessen [28]) vorweg getroffene Verfügungen über das dingliche Recht voll gültig, soweit sie nicht schon zuvor Wirksamkeit erlangt haben. Desgleichen erhalten mit der Forderungsentstehung und der bestimmungsgemäßen Umgestaltung des vorläufigen Rechtes zur Hypothek des Gläubigers dessen Verfügungen über die künftige Forderung neben der Gültigkeit schlechthin ihre mittelbare Wirkung auf das Grundpfandrecht. Sobald nämlich der Gläubiger die Forderung und damit die Hypothek erworben hat, geht mit der entstehenden Forderung das dingliche Recht auf den Empfänger einer vorweggenommenen Abtretung über, erstarken die Aussichten nachmaliger Pfandgläubiger und Nießbraucher zu entsprechenden Rechten an Forderung und Hypothek; endlich treten mit der nunmehr gültig gewordenen Schuldübernahme, d. h. mit dem Ausscheiden des zunächst zum Schuldner Gewordenen zugunsten des Schuldübernehmers, möglicherweise die Rechtsfolgen des § 418 Abs. 1 BGB auf. Die über eine aufschiebend bedingte Hypothekenforderung insoweit bereits gültig — getroffenen Verfügungen erhalten mit der Entwicklung ohne weiteres auch für das Grundpfandrecht ihre mittelbare Bedeutung in dem Sinne, daß der durch die Verfügungen geschaffene Rechtszustand (ohne Durchgangserwerb) nunmehr sich dem dinglichen Recht mitteilt. Zugleich mit dem kraft Rechtsentwicklung erfolgenden Erwerb der Inhaberstellung durch den Gläubiger der jetzt unbedingten Forderung (der der ursprüngliche Hypothekengläubiger oder sein Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolger sein mag) erstreckt sich auch das Recht des Pfandgläubigers oder Nießbrauchers auf das entwickelte Grundpfandrecht, das ja die belastete Hypothekenforderung sichert, ihr einstweilen dient. Durch die Entwicklung zur Gläubigerhypothek wird ferner die Möglichkeit geschaffen, daß eine vor Bedingungseintritt erfolgte Ersetzung des Schuldners ihre Wirkung i. S. des § 418 Abs. 1 BGB auf das dingliche Recht äußert.

Die möglichen Auswirkungen, die der Tatbestand der Rechtsentwicklung neben der Aufhebung der Vorläufigkeit zeitigt, sind damit im wesentlichen gekennzeichnet. Die Erörterung weiterer Einzelheiten, die sich bei der Zulässigkeit ver-

[28]) nicht des Rechtsvorgängers bei erfolgter Abtretung einer aufschiebend bedingten Forderung; dessen Verfügungen können allenfalls durch Genehmigung des Hypothekerwerbers oder sonst gem. § 185 BGB wirksam werden. Bis dahin vermag der zum Rechtsinhaber gewordene Abtretungsempfänger aber die Verfügungseintragungen im Buche zu beseitigen (§ 894 BGB).

schiedenster rechtlicher Änderungen innerhalb der hier maßgeblichen Schranken etwa noch ergeben mögen, erscheint nicht geboten, zumal im Verlauf der vorangegangenen gesamten Darstellung die in Betracht kommenden Möglichkeiten zumindest andeutungsweise derart behandelt werden konnten, daß auch bei Auftreten hier nicht erörterter Rechtsfragen ernsthafte Zweifel kaum Platz greifen dürften.

Mit dem Tatbestande einer bestimmungsgemäßen Grundpfandrechtsentwicklung zur Gläubigerhypothek hat auch die letzte und wichtigste der zum Fortfall der Vorläufigkeit führenden rechtlichen Veränderungen die ihr gebührende Betrachtung gefunden.

Die Darstellung, die — von der Problematik der maßgebenden Gesetzesregelung ausgehend — im Wege der Einordnung des vorläufigen Rechts unter allgemein gültige Gesichtspunkte der Grundpfandrechtsordnung Wesen und Eigenart auch dieses besonderen Grundpfandrechts zu bestimmen und zumal die an ihm bestehenden Rechtsverhältnisse grundsätzlich zu klären suchte, ist nach Behandlung zweier verschieden zu beurteilender Gruppen von Änderungen des Ausgangstatbestandes zugleich zum Abschluß gebracht.

Wenn es im Verfolg dieser Betrachtung gelungen ist, unter Zugrundelegung der gefundenen Rechtsgrundsätze wenigstens die wichtigsten Fragen zu bereinigen, die eine zur Entwicklungsstufe der Fremdhypothek ausersehene Eigentümergrundschuld mit sich brachte, und sofern — über ihren begrenzten Aufgabenbereich hinaus — die Untersuchung gewisse Grundlagen oder doch Anregungen für weitere Erkenntnis zu geben vermag, hat der vorliegende Beitrag zum Recht der §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB sein Ziel nicht verfehlt.

Lebenslauf.

Ich, Wolfgang Soltau, bin am 6. Juni 1909 als Sohn des — nachmalig im Weltkriege gefallenen — Oberlehrers Prof. Dr. Otto Soltau und seiner Ehefrau Margarete, geb. Theinhardt, in Berlin geboren.

Am 23. März 1927 legte ich bei dem Staatlichen Prinz Heinrichs-Gymnasium in Berlin-Schöneberg die Reifeprüfung ab, um mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zuzuwenden. Nach einem Studium von $3^1/_2$ Jahren vom Sommersemester 1927 bis einschließlich Sommersemester 1930 an der Friedrich-Wilhelm-Universität zu Berlin bestand ich am 24. Januar 1931 die erste juristische Staatsprüfung vor dem Kammergericht, in dessen Bezirk ich anschließend als Referendar beschäftigt wurde. Nach dreijähriger richterliche Ausbildungstätigkeit legte ich am 12. Juli 1934 die zweite juristische Staatsprüfung vor dem juristischen Landesprüfungsamt ab und wurde am 20. Juli 1934 zum Gerichtsassessor ernannt.

Vom Justizdienst auf Antrag beurlaubt war ich vom 1. Oktober 1934 bis zum 31. März 1938 bei der Preußischen Landespfandbriefanstalt, Berlin W 8, Mohrenstraße 7/8, in deren Hypothekenabteilung tätig. Mit dem 1. April 1938 nahm ich den Dienst bei der Landesversicherungsanstalt Berlin, Berlin SO 16, Am Köllnischen Park 3, auf, der ich nach antragsgemäßer Entlassung aus dem Reichsjustizdienst seit dem 21. Dezember 1938 als leitender Beamter angehöre.